

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

GUSTAVO RAMOS DA SILVA QUINT

**GESTÃO EFICIENTE DO ESPAÇO PÚBLICO:
CONCESSÃO DE PRAÇAS PÚBLICAS**

Florianópolis (SC),

2017

Gustavo Ramos da Silva Quint

**GESTÃO EFICIENTE DO ESPAÇO PÚBLICO:
CONCESSÃO DE PRAÇAS PÚBLICAS**

Trabalho Conclusão do Curso de
Graduação em Direito do Centro de
Ciências Jurídicas da Universidade
Federal de Santa Catarina como requisito
para a obtenção do Título de Bacharel em
Direito

Orientador: Prof. Dr. Pedro de Menezes
Niebuhr

Coorientador: Prof. Me. Giancarlo Bernardi
Possamai

Florianópolis

2017



SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

CAMPUS UNIVERSITÁRIO REITOR JOÃO DAVID FERREIRA LIMA - TRINDADE

CEP: 88040-900 - FLORIANÓPOLIS - SC

TELEFONE (048) 3721-9292 - FAX (048) 3721-9815

E-mail: ccgd@ccj.ufsc.br

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno: Gustavo Ramos da Silva Quint

RG: 5.942.362

CPF: 097.090.579-36

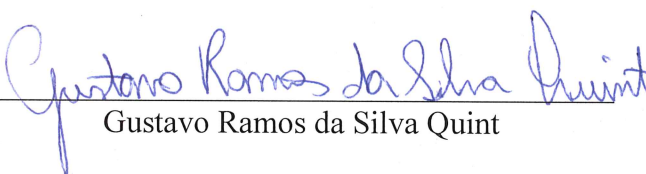
Matrícula: 12201148

Título do TCC: "Gestão eficiente do espaço público: concessão de praças públicas".

Orientador (a): Prof. Dr. Pedro de Menezes Niebuhr

Eu, Gustavo Ramos da Silva Quint, acima qualificado; venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, SC, 05 de julho de 2017.


Gustavo Ramos da Silva Quint



CEP: 88040-900 - FLORIANÓPOLIS - SC
TELEFONE (048) 3721-9292 - FAX (048) 3721-9815

E-mail: ccgd@ccj.ufsc.br
SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

CAMPUS UNIVERSITÁRIO REITOR JOÃO DAVID FERREIRA LIMA - TRINDADE
CEP: 88040-900 - FLORIANÓPOLIS - SC
TELEFONE (048) 3721-9292 - FAX (048) 3721-9815
E-mail: ccgd@ccj.ufsc.br

TERMO DE APROVAÇÃO DE TCC

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “Gestão eficiente do espaço público: concessão de praças públicas”, elaborado pelo acadêmico Gustavo Ramos da Silva Quint, defendido nesta data e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 05/07/2017.

Prof. Dr. Pedro de Menezes Niebuhr

Prof. Me. Giancarlo Bernardi Possamai

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam

Elton Rosa Martinovsky

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo verificar os principais impactos do fenômeno da urbanização nas cidades brasileiras e, em especial, nas praças públicas. As praças são classificadas pelo Direito brasileiro como bens públicos de uso comum do povo, cujo provimento compete, por força da Constituição e do Estatuto da Cidade, ao Poder Público municipal. Acontece que esses espaços têm sido geridos pelos municípios brasileiros de maneira insatisfatória, o que traz uma série de problemas à saúde das cidades e ao lazer da população. Com isso, a cooperação com a iniciativa privada impõe-se como medida necessária à existência e ao cumprimento das funções desse espaço. Dos diversos instrumentos que o Direito municia à Administração Pública para viabilizar a cooperação, a concessão de uso parece mostrar-se o mais adequado por equacionar a conciliação de interesses público e privados. Isso porque permite, através de novas funções que agregam à praça, a exploração econômica, mas, ao mesmo tempo, a garantia de acesso gratuito ao espaço pela população.

Palavras-chave: Urbanização. Cidades. Praças Públicas. Concessão. Concessão de uso de bem público. Eficiência.

AGRADECIMENTOS

Este é o espaço que ousou considerar a parte mais essencial de todo o escrito. Aqui está a alma do trabalho, onde o academicismo abre espaço para dar protagonismo aos sentimentos do autor, que agora, com as devidas licenças, falará em primeira pessoa.

Aos meus pais, Christine e Jairo, e avós, Nina e Mauro, por quem sou eternamente grato. Costumo repetir aos quatro cantos que tive (e tenho) a sorte de ter, na minha vida, dois pais e duas mães. Foram eles que me ensinaram, em gestos e exemplos, o significado do amor. Além do amor, apostaram em minha capacidade e deram-me todo o suporte material e emocional para aguentar a trajetória até aqui.

Aos meus demais familiares, com destaque aos meus tios Jacqueline e Odilon, e à minha prima Tatiana, por quem guardo um enorme carinho e que sempre me apoiaram em toda minha caminhada – inclusive cedendo o espaço de sua casa para que pudesse melhor escrever este trabalho.

Às amizades que construí ao longo da vida. Aos amigos do antigo colégio, da faculdade, dos encontros e desencontros, aos que ainda hei de conhecer. Peço desculpas por não citar um a um, mas prefiro aqui, com pesar, não pessoalizar no intuito de evitar que, por algum lapso, acabe esquecendo algum nome.

Aos colegas de trabalho da Menezes Niebuhr, em especial do núcleo de Direito Administrativo, com quem luto e aprendo, lado a lado, nas diárias batalhas da advocacia.

Ao Prof. Dr. Pedro de Menezes Niebuhr, por aceitar o desafio e, com tanta dedicação, desempenhar seu papel de orientador de maneira singular. No mesmo sentido, na condição de coorientador, ao Prof. Me. Giancarlo Possamai, pela parceria e valiosas considerações.

À Fernanda Ceccon Ortolan, que me trouxe a paz que há tempos procurava e que, sem sombra de dúvidas, foi o presente mais sincero e bonito que a graduação em Direito me deu.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 GESTÃO DO ESPAÇO URBANO PELO MUNICÍPIO	9
1.1 As funções da cidade moderna e a natureza jurídica das praças públicas	9
1.1.1 O alerta da ONU: o que esperar dos próximos anos?	9
1.1.2 Breve panorama: urbanização, urbanificação e urbanismo	12
1.1.3 A proteção do lazer e dos espaços para o seu exercício	16
1.1.4 A política urbana brasileira e a questão da competência	18
1.1.5 As praças públicas: noções gerais	22
1.1.5.1 Brevíssima história das praças brasileiras	22
1.1.5.2 Natureza jurídica: a praça é nossa	24
1.2 Gestão e principais problemas	28
1.3 Uma possível saída: cooperação com a iniciativa privada	31
2 A TUTELA DAS PRAÇAS PÚBLICAS SOB O REGIME DE CONCESSÃO	35
2.1 Brevíssima recapitulação	35
2.2 A escolha da forma de cooperação: por que a concessão?	36
2.2.1 Os contornos do instituto: a concessão como gênero	39
2.3 A concessão de uso de bem público aplicada à gestão das praças públicas	43
2.3.1 Conjugando interesses: bases normativas, objetivos perseguidos e possíveis destinações	43
2.3.2 Forma de seleção do concessionário e o prazo da concessão	51
2.3.3 Considerações a respeito da exploração das praças e da remuneração do concessionário	54
3 PARA PENSAR: ASPECTOS PRÁTICOS E PONTOS CONTROVERTIDOS.	59
3.1 A pergunta que não quer calar: concessão é privatização?	59
3.2 Uso desvirtuado do instituto	63
3.2.1 Concessão exclusivamente como fonte de receita	63
3.2.2 Alguns cuidados	66
3.2.3 Concessão e praças esquecidas	68
3.3 Brevíssimas considerações sobre a experiência brasileira e possíveis tendências	70
CONCLUSÃO	76
REFERÊNCIAS	80

INTRODUÇÃO

O presente trabalho nasce de um incômodo, de ver a grama mal cortada, o banco quebrado, a quadra esportiva abandonada, o passeio esburacado. Passar diariamente por praças e parques que não proporcionam o mínimo essencial para que a população usufrua de espaços públicos adequados despertou uma centelha para que se busque, através deste estudo, uma possível alternativa à má gestão.

Em apertada síntese, o objetivo do trabalho é traçar um diálogo entre o Direito e o Urbanismo, através da revisão bibliográfica de institutos já consagrados pelo Direito Administrativo (direito ao lazer, bens públicos, concessão, contratos administrativos) e a possível solução jurídica a demandas reais, que são objeto de estudo do Urbanismo (urbanização, crescimento populacional, cidades sustentáveis, requalificação de espaços públicos).

As próximas páginas demonstrarão que o problema aqui levantado tem inúmeras causas. Uma delas, decorre do fato de que desde as últimas décadas o mundo vem experimentando um crescimento populacional em proporção jamais observada. Com isso, as cidades têm sido palco de um intenso processo de urbanização e adensamento de pessoas em busca de melhores condições de vida.

Nesse cenário, percebe-se haver nas cidades uma crescente demanda por serviços públicos, o que exige maiores investimentos em infraestrutura, como, por exemplo, na construção de estradas, moradias, escolas, hospitais, rede de saneamento básico e outros serviços básicos essenciais. No mesmo sentido, as cidades e a população demandam espaços de lazer, representados aqui no objeto deste trabalho pela praça pública.

As praças são um importante subterfúgio, com diversas funções à saúde da população e das cidades, e cujo provimento no Brasil historicamente tem sido associado à atuação direta do Poder Público com o emprego de recursos públicos, através da responsabilidade conferida aos municípios.

No entanto, conforme abordarão as páginas que se seguem, o cenário atual parece demonstrar a dificuldade dos municípios em suportarem sozinhos os encargos necessários tanto para prover serviços públicos de qualidade como também para a gestão das praças, seja pela falta de recursos, pelo mau uso do orçamento ou pelo desinteresse da promoção do lazer como política pública.

Por este motivo, este trabalho pretende mostrar que é possível buscar fontes alternativas de recursos ou até mesmo formas diferentes de se planejar a cidade. Basta conciliar interesses.

No primeiro capítulo, portanto, serão postos à mesa os problemas advindos da urbanização e as principais dificuldades enfrentadas com o crescimento das cidades, com destaque na carência de estrutura e manutenção das praças públicas.

Ainda, no mesmo capítulo, pretende-se traçar uma breve linha do tempo sobre a história das praças públicas no Brasil, suas principais funções, a classificação dada pelo ordenamento jurídico como bem de uso comum do povo e o consequente tratamento legal.

A partir dessa definição, pretende-se abordar a possibilidade de abrir as janelas para a cooperação com a iniciativa privada, que parece ter maior fôlego e condições para gerir as praças públicas.

Adiante, o segundo capítulo terá o condão de apontar um dos institutos disponíveis no arsenal da Administração Pública para cooperação, denominado concessão.

O objetivo, em linhas gerais, é verificar os aspectos pertinentes do gênero concessão no direito brasileiro e, escolher, dentre as diversas espécies em que se ramifica, a que melhor atende às particularidades atinentes à gestão das praças públicas – a saber, a concessão de uso de bem público.

Na sequência, portanto, serão estudados os elementos que compõem essa modalidade concessória. Pretende-se abordar alguns aspectos essenciais do contrato, sobretudo no que se refere aos fundamentos legais, aos objetivos perseguidos, às formas e o prazo de exploração econômica, à escolha e remuneração do concessionário, tudo isso na tentativa de buscar possíveis saídas aos problemas enfrentados hoje na gestão das praças públicas.

Por fim, no terceiro capítulo, o tom será de reflexão. Tentar-se-á aprofundar a discussão entre o conflito de interesses público e privado, bem como alguns aspectos práticos e alertas sobre o uso da concessão. No último tópico, pretende-se analisar brevemente os primeiros passos dados pela Prefeitura de São Paulo em seu projeto de concessão de parques municipais, aplicável por analogia a praças públicas.

1 GESTÃO DO ESPAÇO URBANO PELO MUNICÍPIO

1.1 As funções da cidade moderna e a natureza jurídica das praças públicas

Este capítulo inicial pretende desenhar um breve panorama do fenômeno da urbanização e destacar, dentre os diversos problemas dele decorrentes, de modo a conferir o recorte dado ao tema deste trabalho, a dificuldade que o Poder Público brasileiro tem, nos dias de hoje, em prover aos habitantes das cidades espaços de lazer adequados, em especial, as praças públicas.

Para possibilitar esse arranjo, as próximas páginas terão o escopo de apontar as bases legais sobre o dever e a quem compete, no âmbito da estrutura organizacional da Administração Pública brasileira, o provimento e a gestão desses espaços públicos. Na sequência, pretende-se demonstrar de que forma é feita a gestão das praças públicas atualmente e quais os principais motivos que a tornam dificultosa.

1.1.1 O alerta da ONU: o que esperar dos próximos anos?

O Programa das Nações Unidas para os Assentamentos Humanos (ONU-Habitat) divulgou, em maio de 2016, um relatório denominado “Cidades do Mundo”.¹ O objetivo do documento elaborado em conjunto com diversos parceiros da ONU é, ao fim e ao cabo, analisar o crescimento e desenvolvimento urbano mundial nos últimos 20 anos e trazer algumas projeções para o futuro, auxiliando os governos dos mais diversos países do globo a pensar uma forma melhor de realizar o planejamento urbano.

O relatório, que propõe uma espécie de “nova agenda urbana”² a ser seguida pelos países integrantes da ONU, aponta que 54% da população mundial vive nas cidades nos dias de hoje. A rigor, conquanto na década de 1960 estimavam-se

¹ UNITED NATIONS HUMAN SETTLEMENTS PROGRAMME (UN-HABITAT). WORLD CITIES REPORT 2016. Quênia, 2016, tradução nossa. <disponível em: <http://wcr.unhabitat.org/wp-content/uploads/2017/02/WCR-2016-Full-Report.pdf>> Acesso em: 10 maio 2017

² Id. Ibid., p. 175. <disponível em: <http://wcr.unhabitat.org/wp-content/uploads/2017/02/WCR-2016-Full-Report.pdf>> Acesso em: 10 maio 2017, tradução nossa. (New urban agenda)

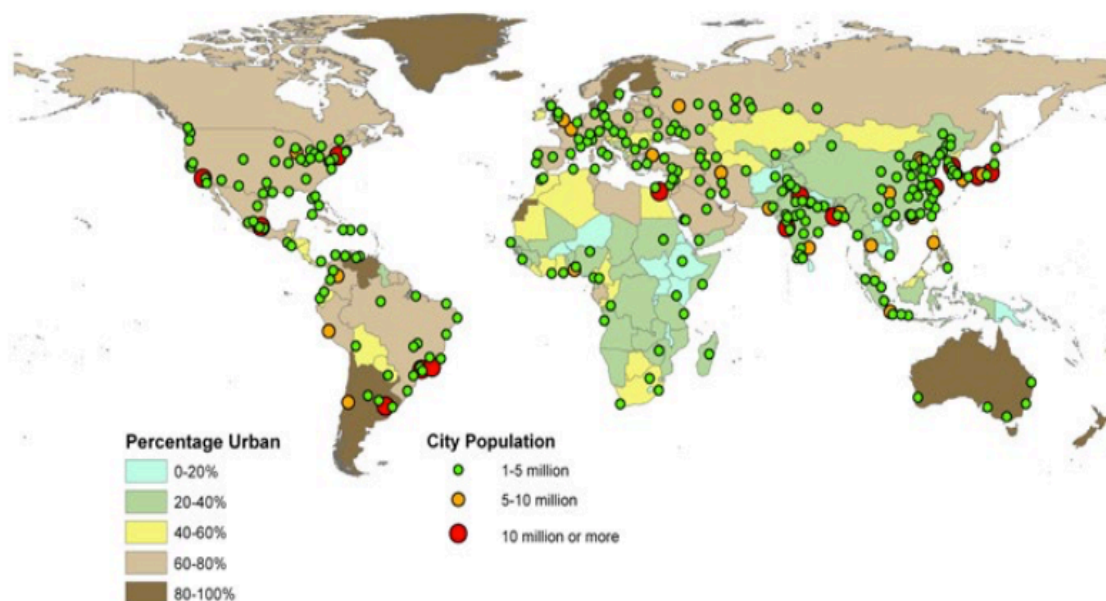
2,6 bilhões de pessoas vivendo em meio urbano, atualmente essa importância já ultrapassou a casa dos 4 bilhões. Trocando-se em miúdos, em termos práticos significa dizer que atualmente uma a cada duas pessoas estão nas cidades. Ainda, como projeção, os estudos indicam que até a metade do século XXI esse percentual deve chegar a 66%.³

Esse crescimento, registrado sobremaneira ao longo das últimas décadas, pôde ser observado com maior notoriedade nas assim denominadas grandes (entre 5 a 10 milhões de habitantes) e megacidades (mais de 10 milhões de habitantes). A título comparativo, ao passo que em 1995 eram registradas 22 grandes cidades e 14 megacidades espalhadas pelo globo, em 2015, apenas vinte anos depois, essa proporção dobrou, expandindo-se para 44 e 29, respectivamente.⁴ Os mapas abaixo conferem uma melhor perspectiva de comparação:

Figura 1 – Grandes Cidades e Megacidades em 1995

Figure 1.2: Global patterns of urbanization, 1995

Source: Based on United Nations, 2014b.



Fonte: World Cities Report 2016 (Relatório Cidades do Mundo 2016)⁵

³ UNITED NATIONS HUMAN SETTLEMENTS PROGRAMME (UN-HABITAT). WORLD CITIES REPORT 2016. Quênia, 2016. p. 3. <disponível em: <http://wcr.unhabitat.org/wp-content/uploads/2017/02/WCR-2016-Full-Report.pdf>> Acesso em: 10 maio 2017

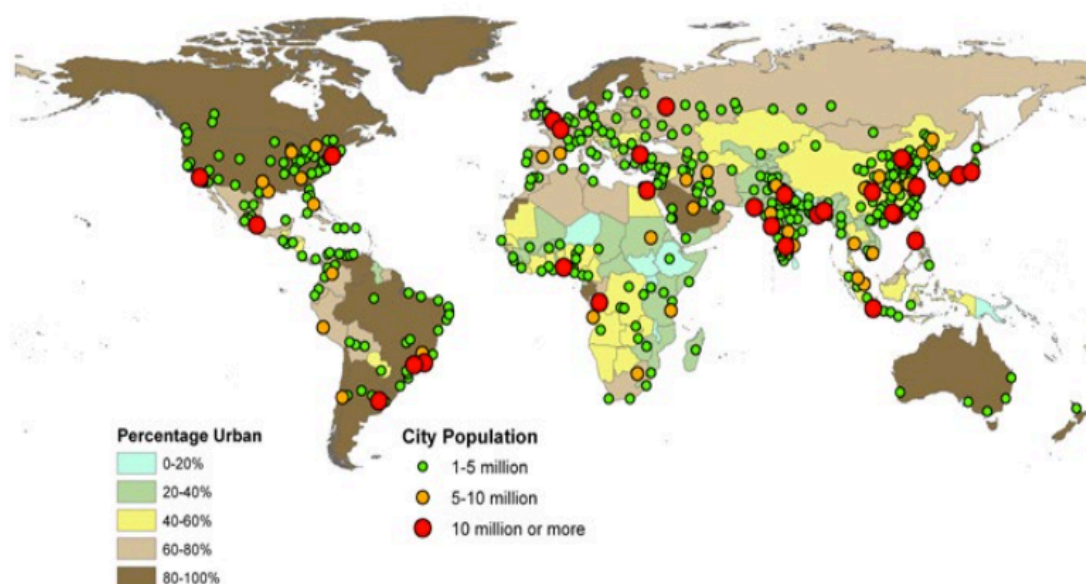
⁴ Id. Ibid., p. 7. <disponível em: <http://wcr.unhabitat.org/wp-content/uploads/2017/02/WCR-2016-Full-Report.pdf>> Acesso em: 10 maio 2017

⁵ Id. Ibid., p. 8. <disponível em: <http://wcr.unhabitat.org/wp-content/uploads/2017/02/WCR-2016-Full-Report.pdf>> Acesso em: 10 maio 2017

Figura 2 – Grandes Cidades e Megacidades em 2015

Figure 1.3: Global patterns of urbanization, 2015

Source: Based on United Nations, 2014b.



Fonte: World Cities Report 2016 (Relatório Cidades do Mundo 2016)⁶

As conclusões do relatório assustam. Afinal, segundo alerta a ONU, é preocupante pensar que o planeta precisa absorver, num diminuto espaço de tempo, uma quantidade tão expressiva e crescente de habitantes (espera-se, até 2050, um acréscimo de 2,5 bilhões de habitantes). Além da luta por espaços livres edificáveis, cada vez mais escassos nos centros urbanos, o crescimento das cidades em larga escala exige uma postura de maior investimento em infraestrutura, como, por exemplo, na construção de estradas, moradias, escolas, hospitais, rede de saneamento básico e outros serviços essenciais às necessidades básicas da população.

⁶ UNITED NATIONS HUMAN SETTLEMENTS PROGRAMME (UN-HABITAT). op. cit.

1.1.2 Breve panorama: urbanização, urbanificação e urbanismo

As transformações observadas pelos estudos da ONU, brevemente narradas acima, são o reflexo de uma realidade e estão intrinsicamente ligadas à urbanização⁷, processo de transformação social relacionado a diversos fenômenos e que representa uma sensível transição na forma pela qual a sociedade se organiza.

Adianta-se, no entanto, que não se pretende aqui uma análise ampla dos diversos fenômenos causadores da urbanização, o que certamente demandaria um estudo próprio em apartado. Para os fins aqui propostos, é importante ter-se em mente apenas que esse movimento de concentração humana nas cidades foi impulsionado principalmente por conta do advento da industrialização.⁸ Esse fator agiu como verdadeiro gatilho para que a população – até então majoritariamente campesina – migrasse em busca de melhores condições de vida.⁹ Desta forma, muito embora as primeiras cidades tenham possivelmente surgido por volta de 3.500 Antes de Cristo (A.C.), a urbanização é considerada processo recente, observada especialmente no início do século XIX.¹⁰

Da urbanização desdobram-se consequências negativas e positivas. Por um lado, conforme assinala José dos Santos Carvalho Filho¹¹, experimenta-se “desenvolvimento social, econômico e político das cidades”¹², bem como a larga disponibilidade dos mais variados bens de consumo à população. Essas características positivas intensificam o processo de urbanização na medida em que tornam mais sedutor o desejo de migração, justamente por criar, no imaginário humano, a perspectiva de se alcançar nas cidades uma melhor satisfação de seus interesses gerais.¹³

⁷ José Afonso da Silva define a urbanização como o “o processo pelo qual a população urbana cresce em proporção superior à população rural”. SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 26

⁸ ROLNIK, Raquel. **O que é cidade**. 4.ed. São Paulo: Brasiliense, 2012. p. 80

⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 10

¹⁰ SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 26

¹¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 10

¹² Id. Ibid., p. 10

¹³ Id. Ibid., p. 10

Em contrapartida, como consequência negativa, são potencializados os processos de exclusão social e marginalização, sobretudo em função da incapacidade de absorção pelas cidades da demanda populacional pelas necessidades básicas humanas, principalmente por emprego e moradia.

Segundo Raquel Rolnik, além do aumento da violência, esse movimento excludente demarca as cidades criando cercas e muros invisíveis entre os bairros, que passam a funcionar como verdadeiras “fronteiras imaginárias”, evidenciando a separação da população por classes sociais.¹⁴ É o que se observa especialmente nas grandes cidades, onde são claramente delimitados – em que pese não haja nenhuma divisão física –, os bairros nobres e a periferia.

Além do impacto no âmbito social, há sensível reflexo, de igual forma, nos aspectos visuais, seja pelo crescimento desordenado das edificações, o que confere à paisagem urbana aspecto irregular e desarmônico; pela má destinação dos resíduos sólidos, pelo agravamento do trânsito e a obstrução das vias públicas, ou até mesmo pela escassez gradativa de espaços verdes disponíveis.

A respeito do processo de urbanização brasileiro¹⁵, em que pese ambas as consequências tenham sido sentidas, os efeitos negativos mostraram-se preponderantes principalmente por conta da velocidade com que esse movimento evoluiu. A título demonstrativo, dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE) demonstram que a taxa de urbanização das cidades brasileiras, que em 1940 era de tão somente 31,24%, alcançou em 2010 o patamar de 84%.¹⁶

Dito isso, é preciso compreender que as cidades, no entanto, não são apenas aglomerados de pessoas, limitadas aos catálogos estatísticos. Esses espaços são, em essência, palco das mais diversas interações humanas, onde os membros dessa coletividade exercem suas principais atividades produtivas, intelectuais, religiosas e familiares. Essas atividades são individualmente entendidas por José Afonso da Silva como “subsistemas”, componentes de um sistema complexo

¹⁴ ROLNIK, Raquel. **O que é cidade**. 4.ed. São Paulo: Brasiliense, 2012. p. 45

¹⁵ Para compreender melhor a história da urbanização brasileira, sugere-se a leitura dos escritos de Flávio Villaça. (VILLAÇA, Flávio. Uma contribuição para a história do planejamento urbano no Brasil. In: DEÁK, Csaba; SCHIFFER, Sueli. **O processo de urbanização no Brasil**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1999)

¹⁶ IBGE, Censo demográfico 1940-2010. Até 1970 dados extraídos de: Estatísticas do século XX. Rio de Janeiro: IBGE, 2007 no Anuário Estatístico do Brasil, 1981, vol. 42, 1979. Disponível em: <http://seriesestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?vcodigo=POP122>

(cidade).¹⁷ Justamente por essa complexidade, as cidades demandam planejamento para que funcionem adequadamente e se mantenham, assim como um organismo vivo, saudáveis. Esse planejamento, por sua vez, geralmente pressupõe a intervenção de uma autoridade pública responsável.

A urbanificação, nesse sentido, exsurge como tentativa de correção dos defeitos decorrentes dessa transformação social, atuando, em linhas gerais, na “aplicação dos princípios e normas urbanísticas que visam eliminar os efeitos danosos da urbanização e proporcionar melhores condições para a ocupação dos espaços habitáveis pela coletividade”.¹⁸

Para sistematizar e aplicar esse conjunto de princípios e normas, nasce, finalmente, o conceito de urbanismo como ciência e técnica.¹⁹ Inicialmente, o urbanismo foi desenhado com tom eminentemente estético de embelezamento das cidades, preconizado pela concepção da escola francesa. Posteriormente, reinventou o seu conceito e passou a ter pelos ideais da escola inglesa conotação social, preocupado essencialmente com a organização do espaço urbano através da interação harmônica daquelas que se consagraram, mantendo-se híginas até os dias de hoje, como as principais funções urbanas: habitação, circulação, trabalho e recreação.²⁰

O urbanismo, portanto, é a técnica que visa a organização, regulação e restrição da ocupação do espaço, buscando, dentre outras inúmeras diretrizes, delimitar os contornos viários, onde e de que maneira se pode construir e quais espaços devem ser reservados ao lazer²¹, tudo pensado de modo a proporcionar harmonia na interação entre o ser humano e a cidade.

No entanto, para que as normas urbanísticas possam ter caráter impositivo, limitando interesses privados a fim de atender a coletividade, pressupõe-se necessariamente a intervenção do Estado, detentor do monopólio da força e da lei.²²

¹⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 5

¹⁸ Id. Ibid., p. 10-11

¹⁹ SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 27

²⁰ Id. Ibid., p. 30-31

²¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 17. ed. Atualização de Adilson Abreu Dallari. São Paulo: Malheiros Editores. 2014. p. 535

²² SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 34

Daí que, como extrai-se do escólio de Hely Lopes Meirelles, um dos primeiros estudiosos sobre a matéria urbanística no Brasil, o urbanismo impõe-se como dever do Poder Público, traduzido no “conjunto de medidas estatais destinadas a organizar espaços habitáveis, de modo a propiciar melhores condições de vida ao homem na comunidade.”²³

O Estado, no entanto, não carrega apenas consigo esse encargo. O urbanismo pressupõe, também, a cooperação entre os interesses públicos e privados para que os objetivos por ele esculpidos possam ser plenamente atingidos.²⁴ Essa cooperação, adianta-se, será tema do segundo capítulo.

Como visto, a população está crescendo e o número de pessoas morando nas cidades é cada vez maior. O processo de urbanização é, nesse sentido, inevitável. As cidades, por sua vez, não conseguem absorver a demanda, o que dificulta a organização e gestão do espaço público e cria um ambiente propenso ao surgimento e agravamento de problemas sociais. Assim, conforme conclui o relatório “Cidades do Mundo” da ONU, e por conta de todos esses aspectos negativos levantados acima, o atual modelo de urbanização, afirma-se, é insustentável. Esse contexto exige, por tudo e em tudo, uma nova forma de se pensar o planejamento urbano, este que é princípio corolário da atividade urbanística.²⁵

Um novo planejamento significa repensar a forma de se fazer a cidade tendo como carta de princípios as funções urbanísticas, acima mencionadas (habitação, circulação, trabalho e recreação).²⁶ E nessa tarefa, principalmente com foco na função de recreação, extraiu-se o tema escolhido para o presente trabalho: a reserva dos espaços de lazer à população e a sua gestão.

²³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 17. ed. Atualização de Adilson Abreu Dallari. São Paulo: Malheiros Editores. 2014. p. 533

²⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 5

²⁵ SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 30-32

²⁶ Id. Ibid., p. 30-31

1.1.3 A proteção do lazer e dos espaços para o seu exercício

O lazer é o fenômeno decorrente da satisfação dos interesses humanos através de atividades não relacionadas às obrigações rotineiras, sejam elas profissionais, domésticas ou até mesmo religiosas. O lazer pode ser exercido de diversas formas, em momentos de ócio, no observar o canto dos pássaros no banco de uma praça, no futebol praieiro, no passeio com a família, dentre inúmeros outros exemplos. Consiste, em suma, na busca voluntária pelo prazer no tempo livre.²⁷

Nas cidades, onde o ritmo de trabalho é intenso e consome grande parcela do dia de seus habitantes, os espaços destinados ao lazer assumem papel primordial, pois permitem o equilíbrio entre o prazer e a rotina intensa. É nesse contexto que o lazer se consagra, portanto, como um dos principais elementos para a manutenção da saúde de uma cidade, de modo que os espaços para o seu exercício (praias, parques, estádios, praças, passeios, quadras esportivas, dentre inúmeros exemplos) consolidam-se como extensão da moradia das pessoas.²⁸

Sob essa premissa, a preocupação em guardar parcela do território urbano para esses espaços já pôde ser observada, desde muito cedo, na Carta de Atenas, principal documento internacional sobre urbanismo, elaborado pela Assembleia do Congresso Internacional de Arquitetura Moderna, em novembro de 1938. É válido rememorar que nessa época as taxas de urbanização ao redor do mundo sequer alcançavam a casa dos 30%, mas a precaução com a saúde das cidades já se mostrava presente e sinalizava seus primeiros alertas.

A Carta de Atenas aponta que o crescimento das cidades consumiu em larga medida a quantidade de espaços livres destinados ao lazer, “colocando alvenaria no lugar da relva e das árvores”.²⁹ Nesse aspecto, é categórica ao afirmar que

a manutenção ou a criação de espaços livres são, portanto, uma necessidade e constituem uma questão de saúde pública para a espécie. Esse é um tema que constitui parte integrante dos postulados do urbanismo e ao qual os edis deveriam ser obrigados a dedicar toda

²⁷ ALVES JR., Edmundo de Drummond; MELO, Victor Andrade de. **Introdução ao Lazer**. 2. ed. rev. atual. Barueri: Manole, 2012. p. 34

²⁸ Id. Ibid., p. 34

²⁹ Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. IPHAN. **Carta de Atenas**. p. 14

a sua atenção. Justa a proporção entre volumes edificados e espaços livres, eis a única fórmula que resolve o problema da habitação.³⁰

Nesse ponto, a mensagem dada não poderia ter sido mais clara: não basta simplesmente permitir o crescimento ordenado das cidades: o urbanismo impõe ao Poder Público, paralelamente, mas de forma não menos importante, o verdadeiro múnus de encampar uma luta constante pela reserva de espaços de lazer à população. Acontece que, com a intensa concentração populacional em áreas urbanas e o adensamento das cidades, esses espaços tornam-se cada vez mais escassos.

No Brasil, a Constituição da República, ao tratar dos direitos sociais protegeu o lazer, conferindo-lhe, em seu artigo 6º³¹, a categoria de cláusula pétrea e “impondo ao poder público o dever de assegurar as condições (por prestações materiais e normativas) que viabilizem o acesso e o exercício de atividades de lazer pela população”.³² Essa obrigação é reafirmada no parágrafo 3º do artigo 217.³³

Não bastava, todavia, apenas garantir o lazer no plano formal. Foi preciso dizer, dentro das responsabilidades atinentes ao planejamento urbano, a quem ele compete e de que forma deve ser materializado, colocado em prática.

Pois bem. Deve-se entender que a promoção do lazer está diretamente ligada à atividade urbanística e que esta, por sua vez, rege-se principalmente pela limitação da propriedade privada com a finalidade de atender ao interesse coletivo – a que a obra de Hely Lopes Meirelles define como limitação urbanística.³⁴ Assim, o ordenamento jurídico brasileiro precisou positivar essa atuação, de modo que a atividade urbanística limitadora possa ser plenamente exercida com amparo na lei.

Nesse aspecto, a Constituição de 1988 demonstrou importante preocupação, desenhando, pela primeira vez, os contornos do que veio a se consagrar, a título de nova disciplina jurídica, como Direito Urbanístico. Tratou,

³⁰ Carta de Atenas, p. 15

³¹ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

³² CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo A. Comentário ao artigo 1º, parágrafo único. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 548

³³ Art. 217: [...] § 3º O Poder Público incentivará o lazer, como forma de promoção social. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988

³⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 17. ed. Atualização de Adilson Abreu Dallari. São Paulo: Malheiros Editores. 2014. p. 538-539

também nesta oportunidade, das competências legislativas e executivas para o seu exercício dentro do sistema federativo brasileiro³⁵ e instituiu, como outro instrumento jurídico, a política urbana, de onde se extraem os mecanismos de promoção do lazer.

1.1.4 A política urbana brasileira e a questão da competência

A política urbana precisa ser analisada em dois momentos. Primeiro, a Constituição quis dizer o que e por quem deveria ser feito. É o desenho inicial dado pelo texto constitucional nos artigos 182³⁶ e 183.³⁷ O artigo 182 trata de normas atinentes ao desenvolvimento urbano, desde o plano diretor, passando pela delimitação da função social da propriedade, até alcançar a desapropriação urbana e adequação do uso do solo urbano. No artigo seguinte, inaugura-se a possibilidade de usucapião em modalidade especial.

Ainda sobre este primeiro momento, a norma constitucional quis exigir do Poder Público uma postura ativa quanto a planejamento e ação, ambos voltados ao desenvolvimento das funções da cidade e ao bem-estar da população na busca por um espaço harmônico. Por este motivo, é importante entender a política urbana como

o conjunto de estratégias e ações do Poder Público, isoladamente ou em cooperação com o setor privado, necessárias à constituição,

³⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 17. ed. Atualização de Adilson Abreu Dallari. São Paulo: Malheiros Editores. 2014. p. 541

³⁶ Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. § 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. § 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. § 3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro. § 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: I - parcelamento ou edificação compulsórios; II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988)

³⁷ Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. § 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil. § 2º Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez. § 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988)

preservação, melhoria e restauração da ordem urbanística em prol do bem-estar das comunidades.³⁸

Todos esses instrumentos trazidos pela política urbana são essenciais à consecução dos dois objetivos esculpidos pela norma (desenvolvimento das cidades e proporção de bem-estar à população). Assim, para concretizar esses objetivos, a Constituição dividiu as tarefas através de competências privativas e concorrentes entre os entes federativos, conferindo-lhes, de acordo com os graus de interesse (nacional, regional e local), a competência para dispor sobre a matéria urbanística.

Em matéria legislativa, no que toca à política urbana, primeiro a Constituição outorgou à União a competência para edição de normas gerais de urbanismo e de diretrizes voltadas ao desenvolvimento urbano. É o que dispõem, respectivamente, o inciso I e parágrafo primeiro do artigo 24³⁹, bem como o inciso XX do artigo 21.⁴⁰

Em seguida, incumbiu diretamente ao Município, por força do inciso VIII do artigo 30 e do próprio *caput* do artigo 182, a execução dessas prestações materiais, a serem concretizadas pela reserva e organização dos espaços públicos dentro da cidade, tudo mediante diretrizes gerais a serem traçadas por lei.

Ressalta-se, por cautela, que a competência para edição de normas gerais é, de fato, da União. No entanto, como bem assinalado no escólio de Hely Lopes Meirelles, o escopo dessas diretrizes gerais é pautar a atuação do ente Municipal em regras mínimas de conduta, o que não autoriza a interferência direta da União na execução e na discricionariedade da atividade urbanística a ser exercida pelo ente federativo municipal, a quem lhe foi atribuída competência específica para tal.⁴¹

Dito isto, com o objetivo de conferir maior contorno e efetividade ao texto constitucional, foi promulgada a Lei n. 10.257/01, denominada Estatuto da Cidade.

³⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 17

³⁹ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico; [...] § 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988).

⁴⁰ Art. 21. Compete à União: [...] XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos; (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988)

⁴¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 17. ed. Atualização de Adilson Abreu Dallari. São Paulo: Malheiros Editores. 2014. p. 543

Em síntese, a norma tem a finalidade de regulamentar os artigos 182 e 183 da Constituição, traçando diretrizes gerais sobre planejamento e gestão do espaço urbano, além de introduzir uma série de instrumentos práticos de intervenção no seu território, de modo a efetivar a tarefa incumbida pela Constituição ao Município de conferir função social à cidade e à propriedade urbana.⁴² Sob os olhos de Nelson Saule Júnior e Raquel Rolnik, o Estatuto da cidade consagra-se como marco legal urbano apto a proporcionar significativas transformações sociais.⁴³

Adiante, o artigo 2º do Estatuto da Cidade traz uma série de diretrizes gerais mirando nortear a atuação da Administração Pública em nível federal, estadual e municipal. No entanto, por ser o Município o ente federativo encarregado pela execução material dessas diretrizes, por imposição constitucional clara do artigo 182 e do inciso VIII do artigo 30, é a ele, principalmente, a quem a lei exerce maior peso prático. É como se fosse uma “carta de princípios”⁴⁴ atuando de modo que as estratégias, planos e estudos da municipalidade encontrem amparo no que o Estatuto e a Constituição quiseram resguardar.

Dito isto, dentre as inúmeras diretrizes gerais elencadas no rol do artigo 2º do Estatuto, é o inciso I que confere maior importância ao recorte dado para este trabalho, a saber:

Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

I – **garantia do direito a cidades sustentáveis**, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao **lazer**, para as presentes e futuras gerações; [...]⁴⁵

Observe-se que o Estatuto da Cidade, da mesma forma que o fez a Constituição, garantiu proteção ao lazer, através da execução da política urbana, atrelando-o à noção de cidade sustentável, termo este até então inexistente no ordenamento jurídico brasileiro. Aqui, o Direito, para significar a noção de cidade sustentável e extravasar o texto frio do inciso I do artigo 2º do Estatuto da Cidade, novamente socorre-se ao urbanismo.

⁴² SAULE JÚNIOR, Nelson; ROLNIK, Raquel. **Estatuto da Cidade**: novos horizontes para a reforma urbana. São Paulo: Pólis, 2001. p. 1

⁴³ Id. Ibid., p. 34

⁴⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 27

⁴⁵ BRASIL. Lei n. 10.257/01. (grifo nosso)

A ideia de sustentabilidade parte da percepção de que as cidades precisam se reinventar a todo momento. Exige, nesse sentido, a adoção de novos modelos de gestão, novas maneiras de construir e fazer crescer a cidade de maneira inteligente e harmônica, conjugando tudo isso com o equilíbrio no uso dos recursos naturais e humanos necessários para tal.⁴⁶ É aí que um aumento da demanda ocasionada pelo crescimento populacional faz com que planejar com sustentabilidade torne-se, portanto, indispensável.

Dito isso, e interligando o raciocínio construído até aqui, viu-se que o lazer, protegido pela Constituição, é essencial à garantia do bom funcionamento e da saúde das cidades, o que exige do Poder Público uma postura ativa quanto à reserva de espaços adequados para o seu exercício. Para materializar essa proteção, a promoção do lazer foi incumbida diretamente ao Município (a quem compete a gestão do espaço urbano), por força também da Constituição e do Estatuto da Cidade. Ocorre que o intenso processo de urbanização exige que as cidades se reinventem (noção de sustentabilidade) para que possam continuar atendendo adequadamente as suas funções, em especial, a promoção do lazer.

Dentro deste panorama, o presente estudo tem a intenção de verificar de que forma esses espaços têm sido geridos pelos municípios brasileiros, extraíndo-se os problemas centrais nessa gestão. No entanto, como visto, muitos são os espaços públicos destinados ao lazer, pelo que tratar de cada um deles separadamente demandaria uma extensa análise que possa apontar dados satisfatórios e conclusões significativas. Assim, com o objetivo de dar ao presente trabalho um foco de estudo adequado, escolheu-se, dentre os diversos espaços públicos de lazer da cidade, as praças públicas.

⁴⁶ LEITE, Carlos; AWAD, Juliana di Cesare Marques. **Cidades sustentáveis, cidades inteligentes: desenvolvimento sustentável num planeta urbano**. 1. ed. Porto Alegre: Bookman, 2012. p. 136

1.1.5 As praças públicas: noções gerais

*Te quero sempre assim incompreensível
ó Praça
Sempre assim à beira do delírio.*⁴⁷

1.1.5.1 Brevíssima história das praças brasileiras

As praças podem ser definidas como “espaços livres de edificação, públicos e urbanos, destinados ao lazer e ao convívio da população, acessíveis aos cidadãos e livres de veículos”.⁴⁸ Correspondem a uma parte desse organismo vivo que é a cidade e as suas funções devem ser entendidas dentro do contexto histórico, econômico e social no qual estão inseridas.

Diante dessa realidade, as praças brasileiras foram resignificadas ao passar dos séculos, acompanhando a dinâmica com que a sociedade e as cidades foram se desenvolvendo, mas mantendo sempre o caráter social predominante de serem espaços destinados essencialmente ao lazer e à interação humana.⁴⁹

Num primeiro momento, à época do período colonial, as praças surgiram como simples espaços livres em frente às igrejas e eram palco principalmente de atividades religiosas, políticas, comerciais e até mesmo militares. Havia também forte interação entre as mais diversas camadas sociais, (desde ricos a pobres). Outro traço característico é que as praças surgiam de maneira espontânea, ocupando o espaço no núcleo urbano sem um planejamento ou desenho previamente definidos.⁵⁰

Posteriormente, no século XIX, esses espaços começam a ganhar influência dos ideais europeus, principalmente da França e da Inglaterra, o que deflagra um processo de modernização. Além disso, sob forte influência do fenômeno sanitarista, as praças, antes marcadas pela interação entre ricos e pobres, agora passam a ser destinadas às classes mais abastadas, afastando-se as camadas mais pobres deste convívio.⁵¹

⁴⁷ Igor Fracalossi. **"Poesia e Arquitetura: Largo / Carlos Nóbrega"** 27 Fev 2013. ArchDaily Brasil. Acessado 17 Jun 2017. <<http://www.archdaily.com.br/99955/poesia-e-arquitetura-largo-carlos-nobrega>>

⁴⁸ MACEDO, Silvio Soares; ROBBA, Fabio. **Praças Brasileiras**. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2003. p. 17

⁴⁹ Id. Ibid., p. 15

⁵⁰ Id. Ibid., p. 18-22

⁵¹ Id. Ibid., p. 28

Nessa toada, com um tom eminentemente estético e cênico, as praças, agora ajardinadas, isto é, com traços característicos da presença de vegetação, passam a ter função predominante de descanso, passeio, recreação e apreciação da natureza, deixando de lado as funções comerciais, religiosas e militares. Esse momento ganhou o nome, dentro do urbanismo, de Ecletismo.⁵²

Adiante, com o intenso processo de urbanização experimentado a partir da década de 1930, como já tratado no tópico 1.1.1 deste trabalho, os espaços livres passam a ser cada vez mais escassos em razão da quantidade de edificações. Assim, num cenário em que o concreto ganha destaque e o número de áreas livres destinadas ao lazer diminuem, as praças já existentes atraem para si os holofotes da proteção e da valorização como espaço essencial, destinado ao lazer. No entanto, aqui permanece, ainda, o traço bastante marcante da praça como modelo eclético.⁵³

Posteriormente, diante da necessidade que o urbanismo impõe de conferir funcionalidade ao espaço urbano, as praças abandonam de vez os traços meramente ecléticos e passam a demandar alternativas aos problemas decorrentes da urbanização. Isto é, era necessário adequá-las às principais funções do urbanismo: habitação, circulação, trabalho e recreação.⁵⁴

Essa necessidade fica ainda mais nítida se considerada intensificação do tráfego de pessoas e veículos, bem como a degradação do meio ambiente. Todos esses movimentos, nesse sentido, exigiram uma nova postura do Poder Público, fato que deflagrou os primeiros processos de revitalização e otimização desses espaços.

Por esta razão hoje as praças voltam a aderir um modelo aberto, propondo-se a outras formas e funções. Abrem-se as alas para o retorno do comércio (através da instalação de restaurantes, lojas, quiosques) e percebe-se a necessidade da promoção ativa do lazer, por meio da inserção de quadras de esportes, áreas destinadas à recreação infantil, bem como qualquer outra iniciativa que possa dar funcionalidade a este espaço.⁵⁵

⁵² Id. Ibid., p. 28-30

⁵³ MACEDO, Silvio Soares; ROBBA, Fabio. **Praças Brasileiras**. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2003. p. 36

⁵⁴ SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 30-31

⁵⁵ MACEDO, Silvio Soares; ROBBA, Fabio. **Praças Brasileiras**. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2003. p. 41-42

1.1.5.2 Natureza jurídica: a praça é nossa.

Antes de adentrar especificamente na classificação das praças, é preciso entender que a distinção entre um bem público e um bem particular está situada, a grosso modo, em dois aspectos, quais sejam, a destinação (critério objetivo) e a titularidade (critério subjetivo) desse bem.⁵⁶ Vale aqui a ressalva de que hoje há forte discussão na doutrina a respeito da atualidade e da pertinência na manutenção da classificação dos bens públicos com base nessa dualidade de critérios. No entanto, para os fins aqui propostos, estes dois critérios clássicos permitirão entender porque o ordenamento jurídico protegeu e deu tratamento diferenciado a cada uma dessas categorias (particular e público).⁵⁷

Em suma, os bens particulares são marcados pelo pleno exercício, nos limites da lei, dos poderes inerentes à propriedade, estes traduzidos na faculdade de uso, gozo e disposição do bem de acordo com interesses do proprietário, essencialmente privados. Nos bens públicos, por sua vez, os poderes inerentes à propriedade são limitados porque visam atender não aos interesses do proprietário, mas sim ao interesse público.

Premissas postas, os bens públicos podem ser classificados como “bens jurídicos atribuídos à titularidade do Estado, submetidos a regime jurídico de direito público, necessários ao desempenho das funções públicas ou merecedores de proteção especial”.⁵⁸ Ressalta-se que a classificação de Estado, neste primeiro momento, deve ser vista em sentido amplo. Além disso, a parte final desse conceito de Marçal Justen Filho traduz o regime de afetação, segundo o qual o bem pode ser destinado a determinado fim público, seja através do uso direto pelo Estado no cumprimento de suas funções, seja na disponibilização direta para uso da população.⁵⁹

⁵⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 129

⁵⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 17. ed. Atualização de Adilson Abreu Dallari. São Paulo: Malheiros Editores. 2014. p. 311

⁵⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1111

⁵⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2017. p. 1217

Nessa linha conceitual, quanto ao critério objetivo o Código Civil dividiu os bens públicos em três espécies, classificando-os de acordo com a sua destinação em (i) de uso comum do povo, (ii) de uso especial e (iii) dominicais.⁶⁰

Os bens de uso comum do povo são aqueles disponibilizados indistintamente à coletividade para livre fruição, sem maiores restrições, não obstante seja resguardada a possibilidade de imposição de regras gerais de convivência com o objetivo de se preservar a higiene, a segurança e a ordem pública de uma maneira geral.⁶¹ Nesse sentido, são as lições da obra de Hely Lopes Meirelles:

No uso comum do povo os usuários são anônimos, indeterminados, e os bens utilizados o são por todos os membros da coletividade – *uti universi* -, razão pela qual ninguém tem direito ao uso exclusivo ou a privilégios na utilização do bem; o direito de cada indivíduo limite-se à igualdade com os demais na fruição do bem ou no suportar os ônus dele resultantes.⁶²

Repisando o conceito de uso comum, Floriano de Azevedo Marques Neto elenca quatro principais características: (i) generalidade, que significa legitimidade de todos, como membros de uma coletividade, para a fruição do bem; (ii) impessoalidade, traduzida no uso por todos e em iguais condições, sem levar em conta atributos individuais; (iii) incondicionalidade, que implica na possibilidade de uso do bem sem que seja necessário atender a um consentimento especial (o que não se confunde com o uso abusivo e sem regras, nem impede a regulamentação pela Administração) e (iv) impregnação nas características do bem, que delimita a noção de que o uso comum é caracterizado pelo tipo de fruição que a população dá à coisa.⁶³

Por sua vez, para os bens de uso especial a Administração Pública confere uma destinação mais específica, afastando a fruição indistinta pela coletividade. Nesta categoria, o bem pode ser destinado tanto a um particular para uso exclusivo (de acordo com as condições pré-acordadas com a Administração, sob forma de delegação), como pela própria Administração na execução de um serviço público. José dos Santos Carvalho Filho enumera uma série de exemplos de bens desta categoria:

⁶⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 17. ed. Atualização de Adilson Abreu Dallari. São Paulo: Malheiros Editores. 2014. p. 311

⁶¹ Id. Ibid., p. 320

⁶² Id. Ibid., p. 320-321

⁶³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 202-209

São bens de uso especial os edifícios públicos, como as escolas e universidades, os hospitais, os prédios do Executivo, Legislativo e Judiciário, os quartéis e os demais onde se situem repartições públicas; os cemitérios públicos; os aeroportos; os museus; os mercados públicos; as terras reservadas aos indígenas etc. Estão, ainda, nessa categoria, os veículos oficiais, os navios militares e todos os demais bens móveis necessários às atividades gerais da Administração [...].⁶⁴

Finalmente, restam os bens dominicais, aqueles que “constituem o patrimônio jurídico das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades”.⁶⁵ O traço marcante dessa categoria é que não há destinação nem ao uso da coletividade tampouco ao uso especial. Isto é, não existe o que se chama de afetação, propriamente dita. Os bens dominicais compõem apenas o acervo patrimonial do Estado e podem ser onerados sem maiores dificuldades, se assim demandar o interesse público.⁶⁶

Quanto à titularidade dos bens públicos, o Código Civil estabelece que são todos aqueles de “domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno”. Nesse aspecto, remetendo à divisão feita pelo mesmo diploma legal em seu artigo 41, são bens públicos aqueles pertencentes à União, Estados, Municípios e Distrito Federal, bem como às autarquias, associações públicas e outras “entidades de caráter público criadas por lei”.⁶⁷

Conforme assinala Marques Neto, em que pese os bens públicos componham o patrimônio de toda a nação, a divisão da titularidade entre os diversos entes e entidades previstos no Código Civil é importante na medida em que identifica quem será o responsável por definir sobre o uso e a gestão do respectivo bem, tudo sob a ótica do regime público.⁶⁸ Daí que para este autor “esta condição de proprietário

⁶⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2017. p. 1214

⁶⁵ Código Civil, Art. 99. São bens públicos: I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças; II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias; III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades(...). (BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Legislação Federal)

⁶⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 17. ed. Atualização de Adilson Abreu Dallari. São Paulo: Malheiros Editores. 2014. p. 314-315

⁶⁷ Código Civil, Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno: I - a União; II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios; III - os Municípios; IV - as autarquias, inclusive as associações públicas; V - as demais entidades de caráter público criadas por lei. (...) (BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Legislação Federal)

⁶⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 131

corresponderá ao plexo de atribuições para, nos termos de lei, decidir sobre qual finalidade o bem se prestará, incluindo a instituição, alteração ou destituição da afetação ou mesmo a alienação do bem”.⁶⁹

Naturalmente, não cabe aqui tratar de forma pormenorizada as espécies de bens de cada uma das pessoas jurídicas tratadas pelo artigo 41 do Código Civil. No entanto, é importante saber que, diferentemente do que fez em relação à União e aos Estados, a Constituição não reservou um rol de bens de titularidade do Município. Isso, no entanto, não significa de maneira alguma que a ele não caiba o domínio de bens públicos, seja pela autonomia federativa conferida pela Constituição, pelo tratamento idêntico de pessoa jurídica de direito público interno dado pelo Código Civil ou até mesmo pela competência municipal para prover a política urbana.⁷⁰

Além dos bens que compõem o patrimônio municipal propriamente dito, ou seja, que gozam do respectivo registro de propriedade (prédios públicos, imóveis, títulos de crédito, escolas e hospitais municipais, ações em empresas públicas),⁷¹ a Constituição também conferiu ao Município a prerrogativa de tratar de tudo aquilo que for de interesse local. Sob esta ótica, tem-se, em regra, que os bens municipais também são aqueles relacionados às funções viárias locais e os de uso geral pela população, ainda que não haja um registro imobiliário ou escritura própria em nome do ente municipal.⁷² O escólio de Hely Lopes Meirelles resume bem essa dimensão:

No âmbito local consideram-se bens ou próprios municipais todas as coisas corpóreas ou incorpóreas: imóveis, móveis e semovente; créditos, débitos, direitos e ações que pertençam a qualquer título, ao Município.⁷³

Dentre os diversos bens que integram o domínio municipal estão as praças públicas, classificadas pelo inciso I do artigo 99 do Código Civil como bens de uso comum do povo, que integram o domínio municipal por força do artigo 22 da Lei de Parcelamento do Solo.⁷⁴ Guardam, portanto, aquelas quatro características principais elencadas acima: generalidade, individualidade, incondicionalidade e

⁶⁹ Id. Ibid., p. 131

⁷⁰ Id. Ibid., p. 151

⁷¹ Id. Ibid., 151-152

⁷² Id. Ibid., p. 151

⁷³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 17. ed. Atualização de Adilson Abreu Dallari. São Paulo: Malheiros Editores. 2014. p. 310-311

⁷⁴ Lei 6766/79, Art. 22: Desde a data de registro do loteamento, passam a integrar o domínio do Município as vias e praças, os espaços livres e as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, constantes do projeto e do memorial descritivo. (**Lei n.º 10.257 de 10 de Julho de 2001**)

impregnação de sua característica pelo uso comum. Significa dizer, então, conjugando os conceitos urbanístico e jurídico, que as praças são os espaços públicos destinados essencialmente ao lazer, protegidos pela lei de modo a garantir o uso indistinto por todos, sem que isso demande a qualquer consentimento ou autorização especial pelo poder público municipal.

1.2 Gestão e principais problemas

Para que o uso dos bens públicos, em especial o das praças públicas, possa ser exercido de acordo com as diretrizes e a proteção conferidas pelo ordenamento jurídico, incumbiu-se ao Município a gestão desse espaço, aqui representado pela figura de sua autoridade máxima, é dizer, o prefeito.⁷⁵

Essa gestão, segundo Marques Neto, deve ser vista sob uma dupla ótica: a de gestão patrimonial, objetivando a melhor utilização dos recursos para sua manutenção e adequada disponibilização à população; e a disciplina do uso, para que esse bem possa ser utilizado de acordo com as suas finalidades, atendendo ao interesse público indissociável. Essas duas vertentes devem ser conjugadas em observância ao regime jurídico-administrativo e aos princípios constitucionais dele decorrentes (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência).⁷⁶

As praças, como visto, exercem nos dias de hoje função fundamental no contexto das cidades, seja por seus valores ambientais (circulação de ar, equilíbrio térmico, proteção do solo); funcionais (espaço de lazer, recreativo, de interação social) e estéticos/simbólicos (referenciais cênicos e de identidade das cidades).⁷⁷

Isso significa que a gestão desses espaços não traduz mera imposição legal de arcar com os custos inerentes a um patrimônio público, mas o verdadeiro dever da Administração Pública Municipal em promover um planejamento urbano adequado apto a garantir o direito da população a uma cidade sustentável, diretriz esculpida pelo Estatuto da Cidade, e corolário do direito ao lazer consagrado pela Constituição.

⁷⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 17. ed. Atualização de Adilson Abreu Dallari. São Paulo: Malheiros Editores. 2014. p. 317

⁷⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 270

⁷⁷ MACEDO, Silvio Soares; ROBBA, Fabio. **Praças Brasileiras**. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2003. p. 44-45

A gestão das praças pressupõe a atuação do Município em dois aspectos. Primeiro, na manutenção e reforma dos espaços já existentes. Na reforma, a lógica é readequar ou adaptar o espaço, através de um processo de requalificação urbana, de modo a atender as necessidades advindas das transformações das cidades⁷⁸, seja em espaços mais verdes, com mais quadras esportivas, pontos de internet gratuitos⁷⁹, etc. A manutenção, por sua vez, que consiste na intervenção periódica na qual o ente público garante a existência da praça, mantendo ativas todas as suas essenciais funções (estéticas, sociais e ambientais).⁸⁰

Segundo Fábio Robba e Silvio Soares Macedo, muitas vezes a ausência de manutenção adequada traz como consequência o abandono desse espaço pela população. Essa relação de causa e consequência gera uma espécie de círculo vicioso. Quanto menos manutenção, menos pessoas frequentam. E com a demanda baixa, menor será o interesse do Poder Público em investir naquele local.⁸¹ Daí que o bom gerenciamento se consagra como um importante dever, para que se possa garantir a existência e o atendimento às funções desses espaços.

O segundo momento diz respeito à expansão e à criação de novas praças. Nos tópicos anteriores constatou-se que o intenso processo de urbanização gerou o adensamento das cidades e teve, como uma das consequências, a extinção gradual de espaços livres. Nesse sentido, diante da ausência de opções para a criação de novas praças, os esforços e as possibilidades do Poder Público nos grandes centros urbanos acabam limitando-se à manutenção e à reforma das praças já existentes.

Além disso, ainda que se cogitasse a possibilidade de desapropriação para a criação de novos espaços, o alto valor dos imóveis nas regiões centrais inviabilizaria qualquer projeto nesse sentido.⁸² Desta forma, as novas praças geralmente são criadas em bairros periféricos, mais afastados, que acabam por receber projetos

⁷⁸ MACEDO, Silvio Soares; ROBBA, Fabio. **Praças Brasileiras**. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2003. p. 49

⁷⁹ WEISS, Marcos Cesar; BERNARDES, Roberto Carlos; CONSONI, Flavia Luciane. **Cidades inteligentes como nova prática para o gerenciamento dos serviços e infraestruturas urbanas: a experiência da cidade de Porto Alegre**. urbe, Rev. Bras. Gest. Urbana, Curitiba, v. 7, n. 3, p. 310-324, dezembro 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2175-33692015000300310&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 21 junho 2017

⁸⁰ MACEDO, Silvio Soares; ROBBA, Fabio. **Praças Brasileiras**. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2003. p. 49

⁸¹ Id. Ibid., p. 49

⁸² MACEDO, Silvio Soares; ROBBA, Fabio. **Praças Brasileiras**. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2003. p. 48

pouco elaborados, uma vez que o Poder Público costuma não conferir a mesma atenção dada aos grandes centros urbanos.

No plano formal, então, vê-se que é o Município o responsável por promover o bom gerenciamento das praças. No entanto, na prática, nem sempre isso acontece de maneira adequada. Isto porque o processo de requalificação, manutenção e até mesmo criação de novos espaços demandam elevados gastos e investimentos constantes dos Municípios.

Ocorre que, além do compromisso com as praças públicas, os municípios foram incumbidos pela Constituição de uma série de outras responsabilidades: pagamento da folha de servidores públicos municipais, investimentos em educação, transporte público e outros serviços públicos de interesse local. Assim, em muitos municípios o manejo de recursos orçamentários para investimento nas áreas de lazer e, em especial, nas praças públicas, acaba sendo colocado para segundo plano.

Esses problemas orçamentários são agravados sobretudo diante da crise econômica que acometeu o país, fato que resultou principalmente na alta da inflação e no aumento nos índices desemprego.⁸³ Com a economia enfraquecida, os municípios arrecadam menos, o que compromete ainda mais os recursos a serem destinados à manutenção e requalificação das praças. Além do baixo orçamento, outro fator agravante é observado pelo mau uso dos recursos públicos, seja pelo desvio ocasionado pela corrupção ou pela gestão inapropriada propriamente dita. Como pontuam Robba e Macedo, diante desse cenário

[o]s órgãos responsáveis dificilmente conseguem estabelecer uma política global para a rede de espaços livres e os recursos são remanejados para intervenções de grande efeito, ao mesmo tempo que o processo de manutenção sistemática de praças e parques padece de falta de verba.⁸⁴

Como consequência inevitável, em muitos lugares as praças tornam-se espaços precários e abandonados, sem o mínimo de estrutura adequada para atender os anseios da população.

⁸³ Maiores dados a respeito do endividamento dos municípios brasileiros: <<https://meumunicipio.org.br/>>

⁸⁴ MACEDO, Silvio Soares; ROBBA, Fabio. **Praças Brasileiras**. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2003. p. 49

1.3 Uma possível saída: cooperação com a iniciativa privada

O cenário atual deixa clara a dificuldade dos municípios em suportarem sozinhos os encargos necessários para prover praças públicas adequadas à população, seja pela falta de recursos, pelo mau uso do orçamento ou pelo desinteresse da promoção do lazer como política pública.

A ineficiência, no entanto, jamais pode ser tratada como escusa para que os municípios simplesmente se furtem de suas obrigações e deixem os espaços públicos, cujo provimento lhes compete, em completo estado de abandono. Desta forma, se existe uma demanda populacional crescente por praças públicas adequadas, a resposta do Poder Público deve vir imediatamente, e não apenas nos momentos em que os gastos são politicamente oportunos para mostrar serviço, por exemplo, em campanha eleitoral.⁸⁵

A rigor, o comando Constitucional e as diretrizes do Estatuto da Cidade impõem-lhes uma claríssima obrigação, não deixam margem de escolha. E aqui faz-se oportuna a ressalva: em nenhum momento o ordenamento jurídico quis dizer que o Poder Público deveria arcar sozinho com os ônus do planejamento e da prestação material da política urbana.

Nos momentos de crise, principalmente o enfrentado pelo Brasil atualmente, em que a ineficiência se acentua e o corte de gastos é questão de sobrevivência, é preciso colocar para escanteio a mentalidade de Estado provedor, que tudo custeia e que abraça sozinho todas as demandas da população. As janelas precisam ser abertas para o diálogo com a iniciativa privada.

A propósito, logo abaixo da diretriz que prevê o direito às cidades sustentáveis, o próprio Estatuto da Cidade reconhece expressamente, como um de seus objetivos, o diálogo tanto com a iniciativa privada, como também com os diversos atores sociais:

Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:
[...]

⁸⁵ Id. Ibid., p. 18

III – cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social; [...] ⁸⁶

Como roga o provérbio popular, o Estatuto da Cidade não deu ponto sem nó. Ele previu todos os mecanismos para que os municípios pudessem proporcionar uma boa política urbana. E, nesse aspecto, a cooperação com a iniciativa privada não se mostra apenas como uma opção, mas sim como diretriz, é dizer, um objetivo preconizado por esta “carta de princípios” e que deve ser observado pelos gestores municipais.

Aqui, novamente o direito encontra o urbanismo na medida em que a lei encampa um dos princípios basilares da atividade urbanística: a cooperação. Sobre este ponto, são valiosas as lições de José dos Santos Carvalho Filho.

Outro aspecto que se deve acentuar é que o urbanismo reflete um sistema de cooperação entre o Estado e a sociedade. Não adianta que somente o Estado procure a concretização dos fatores de melhoria social, mas, ao contrário, é importante que os indivíduos tenham a consciência social de que só com a interação dos interesses público e privado se poderá ter êxito na missão urbanística. ⁸⁷

Portanto, é preciso buscar fontes alternativas de recursos ou até mesmo formas diferentes de se planejar a cidade. São medidas não apenas convenientes, mas necessárias para tentar equacionar e solucionar o problema na gestão dos espaços públicos.

Além da própria dicção legal sobre o diálogo entre o setor público e a iniciativa privada, a cooperação também é corolário do próprio princípio da eficiência, que, como visto no início deste tópico, norteia a atividade administrativa juntamente com os demais princípios constitucionais. ⁸⁸

Como aponta Marques Neto, grande parte da doutrina tece duras críticas a respeito do princípio da eficiência, que veio a integrar o rol de princípios constitucionais através da Emenda Constitucional n. 19/98, dez anos após a promulgação da Constituição vigente. ⁸⁹ Em suma, dentre outras críticas, diz-se ser um princípio que subverteria a lógica da atividade administrativa, dando-lhe os

⁸⁶ Estatuto da Cidade - Lei n.º 10.257 de 10 de Julho de 2001

⁸⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 6

⁸⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 270

⁸⁹ Id. Ibid., p. 277

contornos dos interesses privados e dos padrões de mercado e conferindo, em favor destes interesses, maior peso do que ao próprio interesse público.⁹⁰

Marques Neto esclarece, na verdade, que o princípio da eficiência não pode ser lido como se assim fosse. A eficiência, segundo o autor, é técnica de controle tanto no setor público, como no privado e se diferencia pelos objetivos perseguidos, que são distintos em cada um desses setores – mas não necessariamente excludentes.

No privado, a eficiência geralmente se dá pela tentativa de equilibrar custos e lucros, maximizando os resultados e ganhando posição no mercado. Por sua vez, na lógica do regime administrativo, busca-se garantir que a prestação da atividade administrativa seja a melhor possível no caso concreto, prezando pelo bom uso dos recursos públicos, de forma transparente e rápida e reduzindo custos quando necessário, tudo isso conjugado com os demais princípios constitucionais e, principalmente, sem que se sobrepuje o interesse público.⁹¹

Em se tratando de bens públicos e, mais especificamente, das praças públicas, a finalidade e a economicidade são os parâmetros de atuação do princípio da eficiência.

A respeito da finalidade, uma atividade eficiente pressupõe esforços da Administração Pública que não se limitem apenas a garantir a manutenção e a conservação das praças no estado em que se encontram. Significa, objetivamente, não fazer só por fazer, manter o *status quo*. O objetivo é o aprimoramento da atividade administrativa: é a busca pela melhor técnica para que se proporcione à população o melhor espaço que ali poderia haver.

No que toca à economicidade, o que se quer é o uso racional dos recursos públicos sob a ótica econômica, sem que a população tenha que assumir altos encargos com a socialização do prejuízo por decorrência do mau uso do patrimônio público.⁹²

Sem maiores rodeios, a cooperação e a eficiência significam, para a administração pública, andar para frente. Essa caminhada é traçada principalmente pela mudança de concepção do papel do Estado, rumo à redução do tamanho de sua máquina burocrática e inchada. Esse pensamento é sintetizado por Maria Sylvia Zanella di Pietro:

⁹⁰ Id. Ibid., p. 279.

⁹¹ Id. Ibid., p. 278-279

⁹² Id. Ibid., p. 281

a parceria serve ao objetivo de diminuição do tamanho do aparelhamento do Estado, na medida em que delega ao setor privado algumas atividades que hoje são desempenhadas pela Administração; e serve ao objetivo de eficiência, porque introduz, ao lado da forma tradicional de atuação da Administração Pública burocrática, outros procedimentos que, pelo menos teoricamente (segundos os idealizadores da Reforma), seriam mais adequadas a esse fim de eficiência.⁹³

Sob essa ótica, e frente a essas novas tendências, uma possível solução aos problemas tratados acima seria justamente delegar à iniciativa privada a gestão das praças públicas através de parcerias.

O mecanismo, as condições e as bases legais para isso serão, portanto, o objeto do próximo capítulo.

⁹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 23

2 A TUTELA DAS PRAÇAS PÚBLICAS SOB O REGIME DE CONCESSÃO

“As cidades são o território onde a diferença é possível”⁹⁴

2.1 Brevíssima recapitulação

O caminho percorrido nas páginas anteriores demonstra que, apesar de efeitos positivos, a urbanização também trouxe uma série de dificuldades aos municípios, no que se refere à organização e na gestão do espaço urbano.

Soma-se isso ao fato de que “a Constituição Federal atribuiu competências ao poder público que ele não tem condições de cumprir a contento; faltam verbas nas áreas de saúde, educação, previdência social, moradia, transporte segurança”.⁹⁵ Logo, com o orçamento comprometido e sem fôlego, a saída foi por priorizar algumas tarefas em detrimento de outras.

Todavia, nessa “lista municipal de prioridades”, em muitos municípios brasileiros a gestão das praças públicas - e o consequente provimento do lazer à população – frequentemente ficam em segundo plano. Evidenciam-se em muitas praças a carência de manutenção e de reformas adequadas, afora quando, não raro, esses espaços são relegados ao completo estado de abandono. Nesse cenário, sofrem duras penas a saúde da população e das cidades.

O ponto central é que esses problemas não podem simplesmente ser varridos para debaixo dos tapetes. Bem por este motivo, à luz do princípio da eficiência, norteador da atividade administrativa, os municípios precisam buscar saídas através da cooperação com a iniciativa privada.

Dito isto, as páginas seguintes terão o condão de traçar um breve panorama de como a Administração Pública pode dialogar com a iniciativa privada através de um desses institutos de cooperação, denominado concessão.

⁹⁴ SOUZA, Carlos Leite de; AWAD, Juliana di Cesare Marques. **Cidades Sustentáveis, Cidades Inteligentes: Desenvolvimento Sustentável num Planeta Urbano**. Porto Alegre: Bookman, 2012. p. 19

⁹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 28

2.2 A escolha da forma de cooperação: por que a concessão?

Imagine-se a cooperação entre o Poder Público e o setor privado como uma espécie de diálogo. Nada mais necessário, nessa linha, que a escolha de um idioma comum com o fim de viabilizá-lo, ou seja, de alinhar os interesses de cada parte e desenhar as regras dessa comunicação. No direito brasileiro não existe idioma oficial, mas vários, todos potencialmente aptos a concretizar essa parceria. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a eleição de cada qual, no entanto, dependerá do “tipo de atividade administrativa”⁹⁶ envolta ao objeto desse diálogo.

Melhor explicando, se o objeto da conversa disser respeito à delegação de um serviço público, serão algumas as modalidades possíveis (idiomas). Se o tipo de regime jurídico de cooperação objetiva a realização de uma obra pública ou a transferência de gestão de um bem público a um particular, as respostas já serão outras.

Desta forma, considerando o amplíssimo raio de atuação, não exaustivo, da atividade administrativa⁹⁷ no direito brasileiro, inúmeros são os instrumentos disponíveis aptos a viabilizar essa cooperação.⁹⁸ Adianta-se, no entanto, que não se pretende neste espaço tratar de cada um deles de maneira pormenorizada sob pena de comprometer o foco do trabalho.

⁹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 28

⁹⁷ Marçal Justen Filho sintetiza a atividade administrativa na concretização das grandes funções administrativas, quais sejam: ordenadora, regulatória, de fomento, prestacional e de controle. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 127-129)

⁹⁸ Maria Sylvia Zanella Di Pietro elenca uma série de instrumentos de parceria: “(a) a concessão e a permissão de serviços públicos, tal como disciplinadas pela Lei n. 8.987/95; (b) a concessão de obra pública regulada pela mesma Lei n. 8.987/95; (c) a concessão patrocinada e a concessão administrativa, englobadas sob o título de parcerias público-privadas na Lei n. 11.079/2004; (d) o contrato de gestão, como instrumento de parceria com as organizações sociais de que trata a Lei n. 9.637/98; (e) o termo de parceria com as organizações da sociedade civil de interesse público, regido pela Lei n. 9.70/99; (f) os convênios, consórcios e outros ajustes referidos no artigo 116 da Lei n. 8.666/93; (g) os contratos de empreitada (de obra e de serviços), disciplinados pela Lei n. 8.666/93; (g) os contratos de fornecimento de mão de obra que, embora sem fundamento legal, constituem uma realidade na Administração Pública dos três níveis de governo.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 28)

Dentre esse arsenal de instrumentos jurídicos que municiam a Administração Pública, importa agora encontrar qual se amolda melhor para resolver o problema inerente à gestão das praças públicas.

As praças públicas, como visto, são bens públicos de uso comum. Tem, como traço marcante, portanto, a fruição indistinta por toda a população independentemente de qualquer autorização ou consentimento especial da Administração Pública para isso. Esse arranjo é possível por conta da afetação específica conferida a esta espécie de bem público mirando atingir o perfeito cumprimento de suas finalidades essenciais⁹⁹ (aquelas enunciadas pelo Urbanismo, já tratadas aqui em momento oportuno).

Acontece que a transferência da gestão das praças para a iniciativa privada traz, como consequência, a destinação expressa do bem a um uso diferenciado pelo particular, batizado no direito brasileiro como “uso privativo”.¹⁰⁰

O uso privativo é uma espécie de título, que pode ter natureza jurídica de ato administrativo unilateral ou de contrato.¹⁰¹ O objetivo é conferir o uso de determinado bem público a um particular (pessoa jurídica ou física, dependendo do caso), de maneira exclusiva¹⁰², em caráter normal ou anormal¹⁰³, de forma onerosa ou não.¹⁰⁴

Em síntese, os traços marcantes¹⁰⁵ do uso privativo são, portanto, a exclusividade, porque coloca particular em situação privilegiada em relação aos

⁹⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos**: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 332

¹⁰⁰ Id. Ibid., p. 332

¹⁰¹ Id. Ibid., p. 332

¹⁰² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 762

¹⁰³ O uso normal ocorre quando, mesmo após transferido à iniciativa privada, o bem continua em conformidade com as suas finalidades originais. Maria Sylvia Zanella Di Pietro usa como exemplo o uso privativo de um box em um mercado público, onde a ocupação pelo particular não altera em nada a lógica substancial daquele bem (que é justamente o comércio). Por outro lado, se dessa transferência ao particular importar a alteração da destinação originária do bem, tem-se uso anormal. A instalação de um restaurante em uma praça pública seria uma hipótese desse tipo. A respeito do uso anormal, importante a ressalva de Maria Sylvia no sentido de que “as utilizações anormais só devem ser consentidas na medida em que sejam compatíveis com o fim principal a que o bem está afetado, ou seja, desde que não impeçam nem prejudiquem o uso normal do bem.” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 762

¹⁰⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 762

¹⁰⁵ José dos Santos Carvalho Filho elenca quatro traços marcantes: (i) uso privativo, porque o particular tem o poder de exercer sozinho o uso do bem público, sem competição com outros particulares. (ii) instrumentalidade formal, porque é imprescindível a formalização dessa cooperação através de um título; (iii) precariedade do uso, que permite a revogação a qualquer tempo para fins de interesse público (vide especificidades de cada caso); (iv) existência de um regime de direito público, que atrai para si a aplicação dos princípios publicistas, afastando o uso das regras de direito privado.

demais; e a existência de um “título jurídico individual, pelo qual a Administração outorga o uso e estabelece as condições em que será exercido”.¹⁰⁶

São três as modalidades possíveis de cooperação em relação a bem público de uso comum: autorização, permissão e concessão de uso.¹⁰⁷ As duas primeiras são exemplos de atos administrativos unilaterais e discricionários¹⁰⁸, com traço marcante na precariedade e na ausência, via de regra¹⁰⁹, de um prazo determinado para uso. A terceira é modalidade contratual.

De maneira bem objetiva, nas duas primeiras modalidades, a Administração permite, a seu único e exclusivo critério discricionário, que o particular utilize determinado bem, em caráter transitório, sabendo-se, de antemão, a condição de que a qualquer momento o ato pode ser revogado, sem que àquele caiba, *a priori*, direito à indenização.¹¹⁰

Em que pese haja divergência doutrinária¹¹¹, a diferença é que na autorização o uso consentido presta-se a atender aos interesses do particular, facultando-lhe a utilização do bem. Na permissão, por sua vez, os interesses são

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2017. p. 1241

¹⁰⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 762

¹⁰⁷ Id. *Ibid.*, p. 765

¹⁰⁸ Floriano de Azevedo Marques Neto entende que nem em todos os casos o ato será discricionário. Cita, como exemplo, as autorizações de uso de espectro radioelétrico e de uso de potencial elétrico, cujos regimes especiais não admitem ampla margem de escolha pela Administração. Para maior aprofundamento, ver MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 338

¹⁰⁹ São possíveis as figuras das autorizações e permissões qualificadas, com prazo fixo de uso. Nesses casos, a “fixação de prazo reduz a precariedade do ato, constituindo, em consequência, uma autolimitação ao seu poder de revoga-lo, o que somente será possível quando a utilização se tornar incompatível com a afetação do bem ou se revelar contrária ao interesse coletivo, sujeitando, em qualquer hipótese, a Fazenda Pública a compensar pecuniariamente o permissionário pelo sacrifício de seu direito antes do termo estabelecido”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 765)

¹¹⁰ Segundo Floriano de Azevedo Marques Neto, é passível de indenização a extinção do vínculo por ato com desvio de finalidade, ou seja, quando a intenção real por trás do ato é diferente daquela que foi expressada. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 338)

¹¹¹ “O problema deste fator de distinção baseado no vetor interesse público versus interesse privado é que, como já pudemos consignar no passado, interesses público e privado não estão no mais das vezes claramente apartados” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 340)

praticamente equânimes porque atende-se “ao mesmo tempo os interesses público e privado”¹¹² e o uso pelo particular já não é mera faculdade, mas dever.

Essas duas modalidades de uso privativo, no entanto, não são muito estáveis porque nascem de ato administrativo unilateral e precário.¹¹³ Faltam-lhes maior robustez e garantias quanto ao tempo de duração e a forma do uso. Essas condições são melhor delineadas pela forma de contrato, respaldadas pelo regime de concessão de uso.¹¹⁴

2.2.1 Os contornos do instituto: a concessão como gênero

Antes de aprofundar o presente trabalho nos pormenores da concessão de uso de bem público, é preciso compreendê-la como espécie do gênero concessão, que é instituto amplo do qual ramificam-se inúmeras espécies, cada qual com regimes jurídicos distintos e com regras próprias.¹¹⁵ Essas ramificações, por sua vez, adquirem seus contornos de acordo com as especificidades do objeto que será concedido.¹¹⁶ Não há uma lei que balize todas as modalidades, tampouco um regime jurídico único.¹¹⁷

Também não há consenso quanto à definição de concessão. Por este motivo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro categorizou os mais diversos entendimentos em três grandes linhas de pensamento.¹¹⁸ A primeira corrente, menos aceita e de raiz italiana, defende que concessão serve para a delegação de quaisquer cometimentos públicos ao particular, independentemente se revestida de ato unilateral ou contratual.¹¹⁹

A segunda distingue a concessão pela matéria envolta, em duas espécies: translativa – representada pela concessão de serviço público e de obra pública –, e

¹¹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2017. p. 1245

¹¹³ Existem exceções, como no caso da modalidade qualificada de autorização e permissão

¹¹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2017. p. 1247

¹¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. 1. ed. São Paulo: Dialética, 2003. p. 159

¹¹⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**, 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 158

¹¹⁷ Id. Ibid., p. 158

¹¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 300

¹¹⁹ Id. Ibid., p. 300

constitutiva – a exemplo da concessão de uso de bem público. A doutrina majoritária brasileira filia-se a esta corrente.¹²⁰

Em relação a esta segunda linha de pensamento, a diferença reside no fato de que na concessão translativa o Poder Público desonera-se de um encargo seu, transferindo-o ao concessionário para que este se responsabilize às suas próprias expensas. Na constitutiva, por outro lado, o Poder Público cria um poder novo na esfera de direitos do particular (de explorar um bem público de maneira privilegiada, por exemplo), permitindo-o fazer algo que em condições normais não o seria.¹²¹

A despeito do pensamento majoritário na doutrina brasileira, Marques Neto assevera que essa divisão é ultrapassada porque em diversas situações as modalidades misturam-se, adquirem traços comuns.¹²² Nessa toada, “em todas as espécies de concessão, podemos identificar, a um só tempo, aspectos de translatividade e de constitutividade.”¹²³ Para exemplificar, o autor cita que não raro a concessão de um serviço público (translativo) está conjugada à concessão de uso do bem público (constitutivo), em caráter acessório, em que este serviço será executado.¹²⁴

A última corrente, defendida por Mário Masagão e Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, restringe a concessão única e exclusivamente à delegação de serviços públicos. Exclui do conceito obras e uso de bens públicos. Assim como a primeira linha de pensamento apontada, encontra pouco respaldo na doutrina brasileira.¹²⁵

Reunindo os traços comuns de todas estas correntes, adota-se aqui um conceito um pouco mais pragmático e contemporâneo. Objetivamente, a concessão é o instrumento que tem por fim reduzir o peso do Estado, delegando à iniciativa privada algumas das funções comumente exercidas pela Administração Pública para que, de forma acordada e por motivo de interesse público, possam ser cumpridas de maneira mais eficiente.¹²⁶ A grosso modo,

¹²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 300

¹²¹ Id. Ibid., p. 300

¹²² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**, 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p.129

¹²³ Id. Ibid., p.129

¹²⁴ Id. Ibid., p.129

¹²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 300

¹²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 67

implica a conferência, pela administração, de direitos ao particular, os quais podem corresponder à prestação de um serviço público, à implantação e à exploração de uma obra pública, ao exercício de uma atividade econômica (industrial ou comercial), à exploração de recursos naturais ou ao uso de bens públicos.¹²⁷

A concessão adquire a forma de contrato¹²⁸ e assume a função de (i) normatizar (como se lei fosse) a relação entre o Poder Público e o particular conciliando interesses conflitantes¹²⁹ e (ii) permitir certa margem de liberalidade entre as partes, típica dos contratos privados.¹³⁰ É preciso que essas duas funções conversem:

[o] arranjo ideal em relação às concessões [...] deve estar em um regime legal amplo, contendo princípios e procedimentos (que, como visto, é próprio nos contratos relacionais), deixando uma maior margem para a normatividade no âmbito do contrato, de modo que o regime se adapte a cada situação e a cada objeto de outorga concessória.¹³¹

O núcleo do instituto é a conferência de um direito especial ao particular, que lhe é outorgado pela autoridade pública, de qualquer dos graus de entes federados, responsável por algum cometimento público (no caso, os municípios sobre a gestão das praças).¹³² É uma atribuição que o coloca em condição distinta em relação aos demais particulares porque garante-lhe o “exercício privativo de direitos cometidos pelo Poder público concedente”.¹³³

É importante ressaltar que essa transferência de poderes e obrigações, antes de responsabilidade direta da Administração Pública, não é um cheque em branco de benefícios e regalias ao particular.

¹²⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**, 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 121

¹²⁸ Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, trata-se de “contrato de direito público, sinalagmático, oneroso ou gratuito, comutativo e realizado intuitu personae.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 771)

¹²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. 1. ed. São Paulo: Dialética, 2003. p. 11

¹³⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 152

¹³¹ Id. Ibid., p. 152

¹³² Em qualquer relação que envolva uma concessão (não no sentido de tolerância ou admissão, mas no sentido de cometimento de que aqui se trata), esta envolverá ato de alguém, detentor de uma titulação específica, em favor de outrem, que, a partir do pacto concessório, adquire direito especial sobre dada utilidade (bem ou atividade). Esse é o núcleo do instituto. A partir dele, a concessão assume diferentes configurações e se apresenta em distintas manifestações. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 116-117)

¹³³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 117

Contrapondo essa ideia, a concessão é, acima de tudo, o “cumprimento de uma competência pública, o cometimento de uma obrigação de explorar uma utilidade, de ofertar uma atividade em prol do interesse coletivo”.¹³⁴

Sintetizando o pensamento até aqui, pode-se dizer, então, que a concessão tem dois objetivos básicos. O primeiro deles, por ser ajustado na forma de contrato, é normatizar e revestir de segurança jurídica a relação entre o ente público e o particular. O segundo, e tão importante quanto, quer garantir uma forma mais sólida e eficaz de concretizar um cometimento de interesse público.

No que concerne à tutela das praças públicas, o modelo de concessão parece uma escolha atrativa.

Um fator que ampara essa afirmação e influencia na adoção desse regime, diz respeito à manutenção e reforma desse tipo de espaço público, onde geralmente são necessários grandes investimentos por parte do concessionário.¹³⁵ Assim, o regime contratual mostra-se mais adequado até para tornar a gestão do espaço economicamente atrativa ao particular, além de dar-lhe segurança quanto à amortização dos investimentos necessários – ninguém assumiria a gestão se não houvesse previsão de retorno.¹³⁶

Assim, quanto maior o valor e as responsabilidades envolvidas na parceria, mais pertinente é a cautela com as regras do diálogo entre o município e o concessionário.¹³⁷ Daí a necessidade de uma forma contratual que não dependa meramente de um consentimento em caráter precário.

Por todo o exposto, torna-se mais oportuna, além de economicamente interessante, a adoção de um regime de cooperação que delimite com maior robustez e estabilidade. Por exemplo, regulando as formas de uso e de escolha do gestor privado, as obrigações do Poder Público e do particular, a remuneração e os prazos de uso. Esse arranjo, conclui-se, é melhor conferido pelo instituto da concessão.¹³⁸

¹³⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 132

¹³⁵ Nesse sentido, são as lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “A concessão é o instituto empregado, preferentemente à permissão, nos casos em que a utilização do bem público objetiva o exercício de atividades de utilidade pública de maior vulto e, por isso mesmo, mais onerosas para o concessionário.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 771)

¹³⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**, 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 132

¹³⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 332

¹³⁸ “Em consequência, a forma mais adequada é a contratual, que permite, mediante acordo de vontades entre concedente e concessionário, estabelecer o equilíbrio econômico do contrato e fixas

2.3 A concessão de uso de bem público aplicada à gestão das praças públicas

Pelos motivos aqui expostos, viu-se que o instituto da concessão parece ser, pelo menos na teoria, o modelo mais adequado para promover o tipo de cooperação aqui almejada.

Sem maiores rodeios, adentra-se definitivamente na modalidade de concessão de uso. O objetivo das próximas páginas é estudar os elementos que compõem essa modalidade concessória, conjugando-os às particularidades atinentes à gestão das praças públicas. Pretende-se analisar alguns aspectos essenciais do contrato, sobretudo no que se refere aos fundamentos legais, os objetivos perseguidos, às formas e o prazo de exploração econômica, à escolha e remuneração do concessionário, tudo isso na tentativa de buscar possíveis saídas aos problemas enfrentados hoje na gestão desse espaço.

2.3.1 Conjugando interesses: bases normativas, objetivos perseguidos e possíveis destinações

Não existe, no direito brasileiro, uma lei geral que discipline a concessão de uso de bem público. E, como bem assevera Marques Neto¹³⁹, prudente que assim o seja. A razão é bastante simples.

Em primeiro lugar, porque não foi reservada à União a competência normativa para tal. Em segundo, e até por decorrência lógica do primeiro motivo, sabe-se que a gestão dos bens públicos, no que se compreende “o emprego, a alienação, a afetação e a disposição”, ¹⁴⁰ diz respeito à “autonomia do ente federado”, isto é, ao respectivo detentor do domínio. Logo, a tentativa de edição de uma lei geral poderia, ainda que acidentalmente, invadir as competências e ferir essa autonomia, resguardada pela Constituição da República.

as condições em que o uso se exercerá, entre as quais a finalidade, o prazo, a remuneração, a fiscalização, as sanções. A fixação de prazo, além de ser uma garantia para o concessionário, sem a qual ele não aceitaria a concessão, é exigência legal que decorre da Lei n. 8.666, de 21-6-93, cujo artigo 57, § 3º, veda contrato com prazo indeterminado” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 771)

¹³⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 265

¹⁴⁰ Id. Ibid., p. 265

Ideal seria, portanto, no encalço da linha argumentativa adotada pelo autor citado no parágrafo anterior, que cada ente federado editasse sua própria lei e disciplinasse o uso e a delegação de seus bens, no que se incluiria a gestão das praças públicas.¹⁴¹

De mais a mais, Marques Neto entende que, omissa a legislação, o próprio contrato de concessão poderia prever as regras balizadoras. No entanto, na ausência de lei própria e se nada disser o contrato, a saída seria socorrer-se subsidiariamente a outros diplomas legais¹⁴² – seja à Lei de Concessões de Serviços Públicos (Lei n. 8.937/85), à Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n. 8.666/93)¹⁴³ ou, até mesmo, a “lei específicas, que, disciplinando o emprego de um dado bem, estabeleçam parâmetros para a concessão de seu uso a particulares”.¹⁴⁴

Ainda, existem algumas disposições a respeito da concessão de uso em legislações esparsas. Ocorre que boa parte delas disciplinam as regras em âmbito federal¹⁴⁵, sendo descabido tratar aqui de cada uma individualmente.

Frente ao exposto, tem-se, portanto, o primeiro problema. Se a gestão das praças públicas diz respeito à competência municipal, e considerando que o instituto em cada município é regido por lei própria, debruçar-se sobre um diploma legal específico só seria possível sob o arranjo de estudo de caso, elegendo-se para tanto algum município como objeto. Esse tipo de abordagem foge aos contornos gerais aqui pretendidos.

Por outro lado, é perfeitamente possível, até para que se possa dar uma resposta ao problema levantado neste trabalho, estudar alguns dos elementos essenciais que devem estar presentes e disciplinados em qualquer contrato de concessão que tenha por objeto a gestão de praças públicas.

¹⁴¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos**: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 351

¹⁴² “Com efeito, apesar de estas normas serem voltadas a reger a concessão de serviço público, elas contêm linhas gerais relativas ao instituto da concessão, aplicando-se subsidiariamente aos contratos de concessão de uso” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos**: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 351)

¹⁴³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos**: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 351

¹⁴⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 265

¹⁴⁵ São exemplos: a Constituição Federal, em seu art. 188, § 1º; o Decreto Lei n. 9760/1946; a Lei n. 9074/1995 e o Decreto n. 217/1967

Dito isso, o primeiro ponto essencial diz respeito aos objetivos perseguidos neste tipo de concessão. Um traço marcante e bastante interessante é que, diferentemente do defendido pelo pensamento majoritário¹⁴⁶, a concessão de uso não tem o fim exclusivo de atender *diretamente* a um interesse público (como nas concessões de serviço público), mas sim a um interesse *geral*.¹⁴⁷

A diferença reside no fato de que a concessão de uso visa que o particular oferte à população “uma utilidade ou uma comodidade”¹⁴⁸, mas não exclui a possibilidade concomitante de exploração econômica desse bem, com vistas a obter lucro ao particular e/ou gerar receita para o próprio município.¹⁴⁹ Marçal Justen Filho entende que, não obstante o Poder Público persiga a consecução de um objetivo público, a concessão para o particular pode simplesmente significar a busca de seus próprios interesses:

Em um caso [concessão de serviços públicos], o concessionário desempenha função pública e assume encargos próprios e típicos do Estado. Já na hipótese da concessão de uso, o particular não prossegue nenhum interesse público específico e definido, nada impedindo que lhe seja facultado valer-se do bem para satisfação exclusiva e privativa de seus interesses egoísticos.¹⁵⁰

Marques Neto segue esta mesma linha de pensamento:

Tenho como certo que a concessão administrativa de uso deve ser sempre vinculada a um objetivo de interesse geral, o que não significa dizer que tal modalidade de concessão não possa ter por objeto outorgar ao privado um uso privativo e correspondente a uma exploração de interesse privado ou restrito [...] Portanto, o uso privativo outorgado na concessão administrativa de uso não demanda que haja uma finalidade pública direta naquela concessão, admitindo-se que tal finalidade seja indireta, inclusive com o objetivo de amealhar rendas para o Poder Público.¹⁵¹

Ainda que seja permitido conciliar as finalidades públicas com a exploração econômica do bem, esclareça-se que a concessão das praças públicas só deve ter lugar se sua afetação originária não for completamente desviada.¹⁵²

¹⁴⁶“Quando a concessão implica utilização de bem de uso comum do povo, a outorga só é possível para fins de interesse público.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 772)

¹⁴⁷MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos**: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 352-353

¹⁴⁸MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 267

¹⁴⁹A natureza jurídica das receitas obtidas com o particular será estudada em tópico adiante.

¹⁵⁰JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. 1. ed. São Paulo: Dialética, 2003. p. 106

¹⁵¹MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 269

¹⁵²MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 270

Por exemplo, é sabido que a afetação das praças públicas configura, substancialmente, a fruição indistinta por toda a população e sem qualquer autorização especial para isso. Nessa lógica, não se afigura possível a concessão que tenha por fim cercar e restringir sobremaneira o acesso desse espaço, permitindo apenas a fruição exclusiva pelo particular e de quem seja de seu interesse. Ao adotar-se tais moldes, ter-se-ia, na verdade, uma espécie de privatização camuflada de cooperação.

Nessa linha, também não faria sentido transformar a praça, pelo instrumento de concessão, em estacionamento privado, museu ou algo dessa estirpe, que não guarde qualquer relação com a natureza do bem. A concessão não é o instrumento que se presta a alterar as funções primordiais de uma praça, mas acrescentá-las – ainda que o urbanismo demonstre que estas funções estejam constantemente se atualizando.¹⁵³

O que se quer, portanto, com a concessão?

Pode-se dizer que, para o município, existem dois grandes interesses gerais perseguidos: (i) proporcionar à população um ambiente revitalizado e harmônico, garantindo-se o atendimento das finalidades essenciais inerentes à afetação do espaço público, e (ii) desonerar-se de um encargo que compromete seu orçamento. Pela outorga, o particular ficaria encarregado de reformar, requalificar o espaço e assumiria todos os encargos relacionados à respectiva manutenção durante todo o prazo estabelecido no contrato.

Não se ignora aqui o interesse do concessionário em obter proveito econômico, até porque esse é um dos objetivos da concessão. O foco da discussão diz respeito aos limites e regras para a exploração. Ademais, se as finalidades fossem unicamente altruísticas, bastaria a adoção da praça, modelo de cooperação em que os encargos são assumidos pelo particular sem qualquer contraprestação e retorno financeiro direto.

Por este motivo, apesar de existirem bons exemplos em algumas cidades brasileiras, o mecanismo de adoção em diversas situações pode se tornar pouco atrativo por não ser economicamente rentável. Geralmente nesse tipo de parceria, o

¹⁵³ Fábio Robba e Silvio Soares Macedo citam Rio de Janeiro, Porto e Curitiba. (MACEDO, Silvio Soares; ROBBA, Fabio. **Praças Brasileiras**. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2003. p. 48)

particular apenas assume encargos de manutenção básica, sendo-lhe vedado explorar economicamente o bem e realizar grandes investimentos.

Na concessão, por outro lado, inúmeros são os fatores que levariam um particular a interessar-se pela gestão de uma praça. Dependerá apenas das possibilidades de exploração, cabendo ao município, através do contrato, dosá-la em maior ou menor grau, de acordo com o tipo de utilidade e comodidade que se pretende prover à população. Explica-se.

Quando se fala em transferir a gestão do espaço à iniciativa privada, a primeira imagem que geralmente vem à cabeça é a de que o particular apenas assumiria a manutenção e a reforma do que estiver eventualmente comprometido, mas manteria as características já consagradas neste espaço. Objetivamente, a praça continua com o mesmo *status quo*. Sem novas funções, apenas revitalizada.

Instalação e reparação de lixeiras, bancos e banheiros, poda da grama e de árvores e a recuperação da imagem do local são alguns exemplos de obrigações que seriam contratualmente assumidas pelo particular nestes casos.

Em razão da ausência de grandes investimentos numa concessão sob esses moldes, não faria sentido permitir um aproveitamento econômico muito superior e, conseqüentemente, desproporcional aos encargos assumidos pelo particular. Se a margem de lucro for muito superior, o regime público inerente a essa cooperação será desvirtuado e a concessão, que busca o equilíbrio entre os interesses públicos e privados, perderá a sua razão de ser.

Em troca das obrigações assumidas, em concessões como esta, o aproveitamento econômico geralmente estaria adstrito à mera exploração de publicidade no local, seja através da instalação de painéis de propaganda em placas e totens, ou mesmo nos próprios bancos. Ainda, talvez fosse viável algum pequeno empreendimento, a exemplo de bancas de revistas ou simples quiosques de alimentação. Seria o suficiente para manter-se o equilíbrio, não faria sentido algo muito maior.

Perceba-se tratar de modelo bastante simples de parceria com vistas a garantir a manutenção do espaço, sem maiores impactos na rotina das cidades, mas que já poderia trazer uma significativa redução nos gastos públicos.

No entanto, defende-se a tese de que a concessão não precisa e nem deve ser reduzida a este único modelo. É preciso ir além e inovar. Não se quer apenas manter a praça, mas refazê-la, reinventá-la. Afinal, como visto no último capítulo, as

praças hoje não estão mais vincula a um modelo fechado, resumidas a local estético e de passeio.

A bem de verdade, as praças, assim como toda cidade moderna¹⁵⁴, devem estar de olhos e braços abertos para novas tecnologias e novas funções. Tal fator fica evidente no atual cenário de mundo altamente globalizado com intenso fluxo de informações e de conhecimento¹⁵⁵, com espaços e pessoas cada vez mais conectados.

Além disso, a ausência de áreas livres e a intensa concentração urbana demandam a otimização das áreas existentes, impondo a exploração do máximo de suas funções, integrando os valores funcionais (sobretudo circulação de pedestres), ambientais (adoção de tecnologias limpas e reserva de áreas de preservação), e lazer (espaços de recreação, *playgrounds*, quadras esportivas).¹⁵⁶

O que se quer dizer com tudo isso é que todos estes elementos devem ser observados e conjugados na gestão das praças públicas. Daí que a concessão se mostra um potencial instrumento para a consecução de um planejamento urbano sustentável e para a implementação de novas funções à praça, de modo a satisfazer as necessidades da cidade moderna.

Essas novas funções são consideradas afetações múltiplas e secundárias que se acrescentam à afetação originária do bem.¹⁵⁷ Ou seja, ao uso gratuito pela população como espaço de lazer, recreação e paisagístico agregam-se novas utilidades, aprimorando e crescendo funções à praça.

Bem por esse motivo, entende-se possível a concessão de uso visando a investimentos em empreendimentos mais robustos, integrados com toda a malha urbana. Desde a instalação de restaurantes, pontos de internet sem fio¹⁵⁸, palcos para

¹⁵⁴ SOUZA, Carlos Leite de; AWAD, Juliana di Cesare Marques. **Cidades Sustentáveis, Cidades Inteligentes: Desenvolvimento Sustentável num Planeta Urbano**. Porto Alegre: Bookman, 2012. p. 16

¹⁵⁵ Id. Ibid., p. 23

¹⁵⁶ MACEDO, Silvio Soares; ROBBA, Fabio. **Praças Brasileiras**. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2003. p. 41-42

¹⁵⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 268

¹⁵⁸ WEISS, Marcos Cesar; BERNARDES, Roberto Carlos; CONSONI, Flavia Luciane. **Cidades inteligentes como nova prática para o gerenciamento dos serviços e infraestruturas urbanas: a experiência da cidade de Porto Alegre**. urbe, Rev. Bras. Gest. Urbana, Curitiba, v. 7, n. 3, p. 310-324, dezembro 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2175-33692015000300310&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 21 junho 2017

eventos culturais, pontos de bicicletas compartilhadas e até mesmo a reserva de parte da praça para museus a céu aberto, quadras esportivas, espaços de exercício físico destinados à terceira idade, playgrounds e estacionamentos subterrâneos¹⁵⁹ - a depender, evidentemente, do tamanho da praça.

Todos estes são apenas alguns exemplos de empreendimentos e reformas que, apesar de não terem sido expressamente abordadas pela literatura jurídica pesquisada, no ponto de vista deste discente podem ser objeto de concessão. Entende-se que o ordenamento jurídico não impõe qualquer barreira à implementação de inovadoras funções às praças, desde que não desvirtuem a sua afetação primária ou caracterizem apropriação do espaço pelo particular.

Além disso, é inegável que todas essas tecnologias e funções novas citadas acima trariam comodidades, qualidade de vida e, conseqüentemente, atenderiam à satisfação do interesse geral perseguido por essa modalidade concessória.

Oportuno, neste momento, que se abra um brevíssimo parêntese para mencionar a existência de outro instituto, denominado concessão urbanística¹⁶⁰, que em determinadas situações também poderia prestar-se à gestão das praças públicas.

A modalidade mencionada tem por objeto a contratação de um particular para que, às suas expensas, execute a requalificação de um espaço geralmente degradado no território municipal, com base em plano urbanístico previamente

¹⁵⁹ A implementação de estacionamentos subterrâneos em praças públicas, através de parcerias com a iniciativa privada, tem sido realidade desde 2003, na cidade de Budapeste, capital da Hungria. A praça em frente à Basílica de Santo Estêvão foi revitalizada, instalando-se uma garagem de cinco níveis completamente automatizada, com capacidade para 400 veículos. Não tem sido diferente em outras inúmeras cidades europeias, a exemplo de Paris, Madrid, Londres, Chueca, que tiveram de lidar com os mesmos problemas debatidos aqui neste trabalho. No Brasil, a iniciativa caminha a passos lentos. Alguns projetos podem ser vistos nas cidades de São Paulo, Curitiba e Porto Alegre. (Automatismo em Budapeste. *Parking Brasil*, São Paulo, 12, 1-32, maio junho 2013)

¹⁶⁰ Algumas das principais obras sobre o instituto: DALLARI, Adilson Abreu. Concessões urbanísticas. **Revista Trimestral de Direito Público** São Paulo, Malheiros v.37, jan. 2002, p. 13-21; HARADA, Kiyoshi. Concessão urbanística. Uma grande confusão conceitual. **Revista IOB de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 4, n. 40, p. 36-40, abril 2009; JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões urbanísticas e outorgas onerosas**. Estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari. Luiz Guilherme da Costa Wagner Júnior (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2004; SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

aprovado.¹⁶¹ É uma intervenção bem mais profunda¹⁶² onde o objeto não fica restrito à gestão de um único espaço, mas de toda uma área.¹⁶³

Pode envolver o parcelamento do solo, demolições, ampliação da malha viária, bem como a criação de novos espaços públicos e a sua respectiva delegação ao concessionário.¹⁶⁴ Nesse sentido, sobre este último exemplo, é como se existisse uma concessão de uso dentro da concessão urbanística para a gestão dos espaços que estiverem na área compreendida pelo plano de requalificação, a ser executado pelo concessionário.¹⁶⁵

Ocorre que nem sempre a requalificação é necessária, é dizer, a degradação e a necessidade de requalificação nem sempre são os pressupostos da concessão. Em várias situações, por exemplo, o município pode valer-se da delegação em praças que estão em bom estado de conservação, onde o objetivo é apenas desonerar-se de um encargo que lhe custa caro e é melhor executado pela iniciativa privada.

Por este motivo, considerando que a concessão urbanística abrange um raio de alcance bem mais amplo e porque geralmente associado à desapropriação¹⁶⁶ de áreas particulares para a sua consecução, tem-se que essa modalidade concessória pode afastar-se em muito do objeto aqui estudado. Mais conveniente seria a concessão de uso.

Feito o esclarecimento e retornando ao ponto central deste tópico, cabe ao município, portanto, engajar-se e buscar observar as tendências globais e ouvir os anseios da população em relação a esse espaço, através de mecanismos de participação popular. Em seguida, deve executar parcerias para a melhoria das praças públicas. O limite é a criatividade humana e o interesse do Poder Público e da iniciativa privada em prover à população espaços cada vez mais modernos e inovadores.

¹⁶¹ GOMES, Wilton Luis da Silva. **Articulações entre os setores público e privado em matéria urbanística**. 2013. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. doi:10.11606/T.2.2013.tde-12022014-142636. p. 158. Acesso em: 27 junho 2017

¹⁶² DALLARI, Adilson Abreu. **Concessões urbanísticas**. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo, Malheiros v.37, jan. 2002. p. 13-21

¹⁶³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 313

¹⁶⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 848

¹⁶⁵ Articulações entre os Setores Público e Privado em matéria urbanística. Wilton Luis da Silva Gomes p. 318

¹⁶⁶ A constitucionalidade de desapropriação pelo particular é tema de profundo debate na doutrina e gera controvérsias. A respeito: DALLARI, Adilson Abreu. **Concessões urbanísticas**. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo, Malheiros v.37, jan. 2002, p. 13-21

Essa nova configuração de gestão traduz em tudo os objetivos preconizados pelo princípio da eficiência, seja por uma gestão mais eficaz e moderna, desonerando a máquina pública, seja pela adoção de novas tecnologias e comodidades à população.

2.3.2 Forma de seleção do concessionário e o prazo da concessão

As praças públicas, principalmente em grandes centros urbanos, são ambientes de intensa circulação de pessoas. Logo, a sua exploração em caráter exclusivo pode vir a ser um negócio bastante atrativo e rentável do ponto de vista econômico. Existe um grande potencial de atrair inúmeros interessados.

No entanto, ainda que na melhor das intenções, a Administração Pública não pode eleger a seu bel-prazer a quem delegará a gestão de suas praças. O regime de direito público inerente a esse bem público inevitavelmente atrai a observância dos princípios administrativos e a incidência da regra geral de licitação para a seleção da melhor proposta¹⁶⁷, à luz do disposto no inciso XXI do artigo 37 da Constituição da República.¹⁶⁸

Pode-se questionar quais parâmetros devem ser seguidos, já que não existe lei geral sobre concessões de uso, mas apenas disposições esparsas e sobre bens imóveis da União. Sobre esse ponto, vale a citação, ainda que mais extensa – é preciso reconhecer –, sobre as elucidações de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

A concessão exige, licitação, nos termos do artigo 2º da Lei n. 8.666/93, que silencia quanto à modalidade a ser utilizada, ao contrário do Decreto-lei n. 2.300/85, que exigia concorrência. Talvez o silêncio do legislador se justifique pela norma do artigo 121, parágrafo único, segundo a qual os contratos relativos a imóveis do patrimônio da União continuam a reger-se pelas disposições do Decreto-lei nº 9.760, de 5-9-46, com alterações posteriores. Só que, além de esse decreto-lei não cuidar da concessão de uso e sim da **cessão de uso**

¹⁶⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos**: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 355

¹⁶⁸ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988)

(que é uma das modalidades de concessão), ainda há o fato de que ele é de aplicação restrita à União. Isto permite concluir que a matéria não foi considerada **norma geral**, podendo os Estados e Municípios seguir suas próprias leis a respeito do assunto. No silêncio dessas leis, melhor aplicar, por analogia, o critério do valor estabelecido pelo artigo 23, II, da Lei nº 8.666/93.¹⁶⁹

José dos Santos Carvalho Filho¹⁷⁰ e Floriano de Azevedo Marques Neto¹⁷¹ reconhecem, em casos excepcionais, o cabimento das modalidades de dispensa e inexigibilidade de licitação, a seguir os requisitos estabelecidos pela Lei de Licitações e Contratos Administrativos.¹⁷² No entanto, o mesmo alerta que se preconiza em relação às contratações públicas de bens e serviços vale também para a concessão: é preciso cuidado no uso das hipóteses autorizadoras para que a escolha do concessionário não configure burla indevida à regra da licitação.

Segundo Marques Neto, boa parte da doutrina defende que, além de licitação, a concessão pressuporia prévia autorização legislativa, cuja competência, no caso das praças, ficaria a encargo da câmara de vereadores. Além disso, ressalta que em muitos casos as próprias leis orgânicas e constituições municipais preveem disposição expressa a respeito.¹⁷³

Para o autor, a exigência não tem razão de ser porque provém de interpretação equivocada do parágrafo único do artigo 188 da Constituição¹⁷⁴, que teria imposto a necessidade de autorização legislativa apenas nos casos de concessão de “terras públicas em área superior a dois mil e quinhentos hectares, tornando perfeitamente cabível o raciocínio de que o constituinte teria limitado a ingerência do Legislativo na gestão dos bens públicos a este patamar de bens”.¹⁷⁵

¹⁶⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 772

¹⁷⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2017. p. 1249

¹⁷¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 355

¹⁷² BRASIL. **Lei n.º 8666 de 23 de Junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

¹⁷³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 356-357

¹⁷⁴ Art. 188. A destinação de terras públicas e devolutas será compatibilizada com a política agrícola e com o plano nacional de reforma agrária. § 1º A alienação ou a concessão, a qualquer título, de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares a pessoa física ou jurídica, ainda que por interposta pessoa, dependerá de prévia aprovação do Congresso Nacional. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988)

¹⁷⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 357

Quanto ao regime de prazo, as concessões de uso carecem do mesmo problema no que concerne à ausência de previsão legal. Sequer são aplicáveis subsidiariamente as hipóteses do artigo 57 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos porque incompatíveis com a natureza da concessão de uso. Isto é, não se trata da contratação de bens ou serviços.¹⁷⁶

Sem balizas legais certas, entende-se que devem ser considerados dois aspectos em relação à concessão das praças públicas.

Em primeiro lugar, o contrato não pode ser curto demais, sob pena de inviabilizar o retorno dos investimentos feitos pelo particular. Essa premissa fica nítida quando a cooperação envolve grandes obras, a exemplo da instalação de restaurantes, quadras esportivas, reformas profundas e estacionamentos subterrâneos. Também não deve ser muito extenso – e tampouco indeterminado¹⁷⁷ – porque desvirtuaria o regime público inerente ao bem, conferindo prerrogativas especiais ao particular por muito tempo. Apesar de formalmente uma concessão, na prática a praça seria alienada.¹⁷⁸

Silente o contrato, ou no caso de previsão expressa de prazo indeterminado, Marques Neto assevera que deve ser considerada a vigência máxima de cinco anos, prorrogáveis por igual período.¹⁷⁹

Importante ressaltar que o prazo estabelecido vincula a Administração e até mesmo terceiros, de modo que a interrupção indevida gera ao particular direito indenizável, inclusive quanto aos investimentos que porventura não tenham retornado.¹⁸⁰ Segundo Marques Neto:

É dizer, a concessão confere ao particular o direito de se opor contra terceiros que pretendam impedir ou turbar este uso, bem como confere direitos em face do próprio poder concedente, enquanto vigente a concessão, pois que, ainda que assistam ao poder público prerrogativas de extinção antecipada da outorga, nos termos da lei e

¹⁷⁶ Id. Ibid., p. 355

¹⁷⁷ Em posição contrária, Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que podem existir concessões perpétuas, a exemplo da concessão de sepulturas. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 773). No mesmo sentido: COSTA, Nelson Nery. **Direito Municipal Brasileiro**. 7. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015

¹⁷⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 355

¹⁷⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 355

¹⁸⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1154

do contrato de concessão, enquanto estiver vigente, nem mesmo o poder concedente poderá impedir o uso privativo concedido.¹⁸¹

Rememore-se que o instituto da concessão foi escolhido principalmente por conta da segurança jurídica propiciada pelo instrumento contratual a fim de garantir o retorno de investimentos. Nesse sentido, não se descurem as hipóteses de rescisão justificada¹⁸² da avença. No entanto, em situações regulares, não faz sentido que se adote essa modalidade de cooperação se o Poder Público não for cumprir sua parte. É muito importante que os municípios respeitem o prazo estabelecido em contrato a fim de evitar maiores prejuízos tanto ao particular quanto à própria coletividade.¹⁸³

2.3.3 Considerações a respeito da exploração das praças e da remuneração do concessionário

Via de regra, a depender do tipo de destinação dada ao bem, o uso privativo inerente à concessão pode adquirir dois tons. Gratuito – em que pela outorga o concessionário não paga à Administração qualquer valor pelo uso –, ou oneroso e associado a uma outorga revertida aos cofres públicos – que geralmente corresponde a uma porcentagem da receita auferida com o particular pela exploração do bem.¹⁸⁴

Em outras palavras, definir a onerosidade ou não da concessão dependerá se a população pagará diretamente pelo uso. Nesse sentido, quando há exploração econômica do bem concedido, a outorga deve ser a regra.¹⁸⁵ O motivo é

¹⁸¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 355

¹⁸² Utiliza-se, por analogia à lei de Concessão de Serviços Públicos “as regras referentes à extinção antecipada da outorga, que basicamente poderá se dar por caducidade (no caso do particular descumprir suas obrigações), por encampação antecipada do bem (quando o interesse público predisser a necessidade de retomada do bem antes do prazo definido no contrato de concessão [...])” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 355)

¹⁸³ Para quem vive a praxe forense, sabe-se que não raro a interrupção indevida dos contratos administrativos desemboca no Poder Judiciário, em longínquas discussões com as quais a maior prejudicada é sempre a própria população.

¹⁸⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Uso privativo de bem público por particular**. 2. ed. São Paulo Atlas, 2010, p. 114

¹⁸⁵ Floriano de Azevedo Marques Neto esclarece: “No uso econômico sempre haverá um grau de rivalidade, no sentido de que o bem assume a característica de mercadoria cuja fruição por alguns pressupõe o impedimento da fruição por outros.” E continua: O aproveitamento econômico pode ser feito diretamente pelo ente público trespassado, mediante outorga do direito de uso privativo, a particulares. Neste segundo caso, em relação ao particular a quem se confere o direito privativo de uso, temos que em regra a outorga haverá de ser onerosa” (MARQUES NETO, Floriano de

bastante claro: a concessão coloca o concessionário em posição privilegiada em relação aos demais particulares interessados, porque lhe é conferido o direito de explorar exclusivamente o bem concedido.¹⁸⁶ Desta maneira, a concessão confere uma espécie de privilégio, mas espera algo em troca.

O ponto central é que na concessão de uso de praças não se deve delegar ao concessionário o uso privativo oneroso – mediante pagamento pelo usuário - da *totalidade* da praça. O edital precisa estabelecer uma fórmula complexa e “fragmentar” a praça: reservar a parte essencial à população para uso franco e em apenas parcelas deste espaço permitir a exploração econômica.

Isso porque a lógica da concessão é que um terceiro assumira de maneira mais eficiente as obrigações e os custos do Município no que se refere à requalificação do espaço e manutenção, com a condição de garantir o acesso livre e franco pela população, característica intrínseca dos bens de uso comum. Em contrapartida, para que a cooperação se torne atrativa, confere-se ao particular o direito de explorar – cobrando do usuário - uma parcela não essencial da praça. Essa é a essência do instituto.

Certo que é da discricionariedade do gestor público definir o que pode ou não ser explorado. No entanto, entende-se que essa decisão pode levar em conta soluções ofertadas pelo próprio particular interessado – tudo em observância à legalidade e a publicidade dos atos -, que detém a expertise inerente ao setor privado e à atividade econômica que comumente exerce.¹⁸⁷ Rafael Wallbach Schwind, tratando das concessões patrocinadas, mas em raciocínio congruente à concessão de uso, esclarece:

É plenamente possível que o particular apresente ao Poder Público um projeto de parceria público-privada. É evidente que o sujeito que apresenta o projeto não terá nenhuma vantagem na futura concorrência. De todo modo, essa possibilidade não deixa de ser um mecanismo de aproveitamento da criatividade privada. O projeto poderá apontar fontes de receitas marginais, indicando as potencialidades a serem exploradas [...].¹⁸⁸

Azevedo. **Bens públicos**: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 411)

¹⁸⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos**: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 357

¹⁸⁷ SCHWIND, Rafael Wallbach. **Remuneração do concessionário**: Concessões Comuns e Parcerias Público-Privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 283

¹⁸⁸ SCHWIND, Rafael Wallbach. **Remuneração do concessionário**: Concessões Comuns e Parcerias Público-Privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 284

Ao poder público, calcado (ou não) no projeto apresentado pelo particular, compete a decisão de determinar as parcelas da praça que serão reservadas a uso privativo pago. É dizer, o edital vai definir as afetações secundárias que serão incorporadas ao bem por intermédio da concessão: restaurantes, bares, exposições, museus, estacionamentos subterrâneos, entre outras inúmeras possibilidades de exploração.

Uma vez destinadas partes da praça à exploração, há plena margem de liberdade ao concessionário para definir de que forma pretende explorá-las economicamente, por sua conta e risco.¹⁸⁹ Ou seja, ele decide, dentro da margem que lhe é conferida, de que forma alocar os equipamentos da praça, onde restaurantes e bares serão instalados, qual a disposição das vagas do estacionamento, entre outros. Por força de sua expertise, o concessionário poderá otimizar o uso da área e de sua consequente exploração. No entanto, essa margem de liberdade não exclui o dever do edital em prever diretrizes básicas para isso – a exemplo de preços máximos ou regras mínimas sobre o uso do espaço.¹⁹⁰

Neste encaixe, o edital deve tomar o cuidado para não incorrer em desvio de finalidade, isto é, comprometer a característica intrínseca da praça (de bem de uso comum). As parcelas conferidas ao uso privativo puro e simples não podem sobrepor-se de tal maneira que requebrem ao segundo plano o uso público e indistinto pela população. Deve haver um equilíbrio.

No entanto, apesar de se defender aqui a possibilidade de uso privativo de partes da praça para os exemplos trazidos acima, que nada mais são do que comodidades que revertem em benefícios à população - ainda que pagas pelo usuário -, não se cogita neste trabalho a possibilidade de cobrar qualquer valor a título de “ingresso” para o acesso ao espaço essencial da praça, reservado, repita-se à exaustão, ao uso indistinto e gratuito pela população.¹⁹¹

¹⁸⁹ Id. Ibid., p. 310

¹⁹⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 355

¹⁹¹ Além disso, o simples fato de ser oneroso, seria por si só uma medida impopular e excludente, pois afastaria uma boa parte da população que (i) não estaria disposta a pagar por mais encargos além da alta carga tributária que já assume ou (ii) simplesmente não teria condições de pagar.

Não é que seja vedada a cobrança para acesso em concessões de uso de bens públicos¹⁹², mas, especialmente neste caso, em se tratando de praça pública, a onerosidade esbarra na característica de fruição livre inerente ao bem.

Em síntese, a praça não pode ser transformada em sua totalidade (ou em larga medida) em espaço privado e exclusivo. Não é a praça que é explorada, mas os “adicionais” que o particular nela instala. A palavra final sobre a parcela do bem que pode explorado, por sua vez, cabe ao edital definir.

Destaca-se que, no modelo misto aqui sugerido (de usos públicos e privados), as receitas auferidas pelo concessionário na exploração do bem público teriam natureza jurídica de preço privado, “não se caracterizando nem como preço público, nem como tarifa, menos ainda como taxa” porque não estão relacionadas à exploração da afetação originária do bem”.¹⁹³ Só as afetações secundárias são exploradas, que em nada se aproximam da prestação de um serviço público.

Diferente seria no caso de concessão de parques ecológicos de preservação¹⁹⁴, que também são bens de uso comum, mas onde é frequente franquear o acesso da população mediante a cobrança de ingressos, geralmente revertidos para a manutenção do espaço ou para finalidades análogas. Neste exemplo, a atividade explorada tem estreita relação com a destinação do bem concedido. Logo, o valor cobrado da população tem natureza de preço público ou de taxa¹⁹⁵, a depender da ocasião e se eventualmente atrelado, de maneira acessória, à prestação de um serviço público.¹⁹⁶

Pois bem. A síntese conclusiva deste capítulo aponta na direção de que a concessão é, pelo menos do ponto de vista de uma análise formal, um interessante instrumento de cooperação. Objetiva, por meio da conciliação entre interesses aparentemente antagônicos (mas não excludentes, até pelo benefício mútuo

¹⁹² A lei brasileira expressamente permite, ainda que adstrito aos parâmetros legais, a cobrança pelo uso dos bens públicos. É a dicção do artigo 103, do Código Civil Brasileiro: “O uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou retribuído, conforme for estabelecido legalmente pela entidade a cuja administração pertencerem.” (BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Legislação Federal)

¹⁹³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 355

¹⁹⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos**: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 428

¹⁹⁵ SCHWIND, Rafael Wallbach. **Remuneração do concessionário**: Concessões Comuns e Parcerias Público-Privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 310

¹⁹⁶ Id. Ibid., p. 310

intrínseco da cooperação), propiciar à população e ao Poder Público uma possível solução aos problemas enfrentados em relação à gestão das praças públicas.

Ainda que assim o seja, são oportunas algumas ponderações e alertas a respeito do uso do instituto, principalmente porque, não raras vezes na Administração Pública brasileira, os interesses público e privado são confundidos. Assim, se desvirtuada, a concessão de uso que teria o potencial de ser uma solução bastante eficaz e benéfica ao interesse público, poderá, ao revés, trazer consequências ainda piores do que as experimentadas por pura e simples má gestão.

Será de reflexão o tom das próximas páginas.

3 PARA PENSAR: ASPECTOS PRÁTICOS E PONTOS CONTROVERTIDOS.

O objetivo deste terceiro e último capítulo é tentar responder algumas das perguntas que eventualmente possam ter surgido da leitura dos dois primeiros. Serão levantados pontos relevantes em relação a aspectos práticos da concessão, bem como algumas reflexões sobre o uso do instituto.

3.1 A pergunta que não quer calar: concessão é privatização?

Nessa esfera de embates entre ideologias e do eterno binômio público-privado, há quem veja a concessão com olhos negativos. Paira, sobre os que assim pensam, a ideia de que o instituto é prejudicial pois configuraria a alienação do espaço público a um particular, “colocando-o exclusivamente a serviço de poucos”.¹⁹⁷ Objetivamente, sob esse viés, concessão seria sinônimo de “privatização”.

Portanto, segundo a linha de pensamento de Paulo Affonso Leme Machado¹⁹⁸, as praças, uma vez concedidas, estariam ao alvedrio de interesses exclusivamente privados e, por conseguinte, perderiam a sua afetação inerente à categoria de bem de uso comum do povo. Engrossando o caldo da discussão, Marques Neto, em tom de reflexão, questiona se, no fundo, o uso pelo particular não acabaria por configurar uma espécie de mercantilização das funções do bem público.¹⁹⁹

Algumas considerações são bem-vindas e merecem aprofundamento.

A visão da gestão privada sobre um bem público como algo negativo guarda estreita relação com à noção comumente difundida de privatização no sentido estrito de “converter algo em privado”²⁰⁰, representada pela venda de empresas públicas ou de ativos. Segundo essa lógica, é como se o simples fato de o particular substituir o Poder Público numa atividade por este habitualmente exercida tornasse aquele bem automaticamente privado e, portanto, exclusivo.

¹⁹⁷ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 24. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 500

¹⁹⁸ Id. Ibid., p. 500

¹⁹⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 439

²⁰⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2017. p. 362

De acordo com os desdobramentos dessa linha de raciocínio, a praça pública somente cumprirá a sua função social quando o seu uso estiver circunscrito à sua finalidade precípua de proporcionar o lazer e de ser um espaço integralmente gratuito. Qualquer outra função, ou qualquer outra finalidade que se queira adicionar ao espaço, seria desvirtuar o bem público e a sua função social. O bem só poderia ser chamado de “público”, na acepção ideológica do termo, se inserido no domínio do Poder Público. Indo direto ao ponto, a iniciativa privada deveria ficar de fora desse arranjo.

No entanto, apesar de se entender a razão da crítica e de se respeitar o posicionamento, entende-se que essa não seja a melhor forma de visualizar e encarar a cooperação com a iniciativa privada e até mesmo o uso dos bens públicos.

Primeiro porque a função social do bem público deve ser atrelada ao benefício que seu uso (ou usos) traz(em) à população; e não ao puro e simples fato de ser gratuito. É dizer, cada comodidade adicional - ainda que paga - pode representar um benefício direto ou indireto à população.²⁰¹

Direto porque em um primeiro momento a concessão pressupõe a requalificação, com o melhoramento da função já existente da praça (reforma do calçamento, instalação de bancos, parques infantis, pistas de corrida, áreas de lazer e para exercícios físicos). A vantagem indireta, por sua vez, advém das funções adicionais, no que também se inclui a exploração econômica. Mesmo a atender interesses do particular, o uso comercial da praça também desenvolve o comércio local (restaurantes, bares, quiosques), gera empregos, otimiza o uso do espaço urbano (estacionamentos subterrâneos, bicicletas compartilháveis) e propicia o desenvolvimento de atividades culturais (museus, shows, corridas).

Todos estes exemplos, além de melhorarem a qualidade de vida da população, movimentam a economia e conseqüentemente geram mais arrecadação aos cofres municipais, através de tributos inerentes a estas atividades exploradas – as quais, lembra-se, têm natureza de preço privado.

O aproveitamento máximo do uso dos bens encontra respaldo até sob a lógica econômica da escassez de recursos:

O crescimento populacional, o fenômeno da urbanização e a multiplicidade de demandas sociais por prestações e utilidades aliados

²⁰¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos**: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 411

à multiplicidade de possibilidades de uso trazidas pela evolução tecnológica, tudo isso nos coloca, cada vez mais, diante da escassez de recursos, o que torna a ociosidade de qualquer bem, inclusive os públicos, absolutamente contrária ao cânone da função social.²⁰²

Com esse arranjo, todos os efeitos da concessão caminham para um sentido positivo: ganha o particular por auferir lucro, mas ao mesmo tempo também a população, porque além de um espaço público revitalizado, “beneficia[-se] da atividade explorada por ser de interesse geral”.²⁰³ Acrescenta Thiago Marrara que, nessa linha, “quanto maior for o número de usos do domínio público, maior serão os benefícios sociais gerados”²⁰⁴

Assim, certo é que a gestão das praças precisa buscar uma multiplicidade de usos, acrescentando novas funções desde que não sejam incompatíveis entre si e/ou desvirtuem a afetação originária do bem.²⁰⁵ Daí a cautela, já ressaltada no segundo capítulo, para que o edital e contrato não deixem o uso privativo oneroso prevalecer sobre o uso indistinto livre.²⁰⁶

Esse é justamente o ponto que afasta a concessão da privatização: a existência de balizas, através de regras claras, para disciplinar o uso do bem e garantir que não seja desvirtuado. O regime público, apesar da exploração de certas áreas da praça com a transferência de risco ao concessionário²⁰⁷, continua prevalecendo – autorizando, inclusive, o rompimento do pacto pela caducidade²⁰⁸ em caso de descumprimento pelo particular.

²⁰² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 397

²⁰³ Id. Ibid., p. 411

²⁰⁴ MARRARA, Thiago. **Bens públicos: domínio urbano: infra-estrutura**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 133

²⁰⁵ Id. Ibid., p. 133

²⁰⁶ “Conflitados dois usos aos quais o bem esteja afetado, deverá prevalecer o uso que seja acessível a um maior universo de administrados. Assim, as modalidades de uso que impliquem fruição *uti universi*, por exemplo, prevalecerão sobre aquelas *uti singuli*; o uso livre prevalece sobre o geral, estes sobre o específico que, por seu turno, predomina sobre o privativo e todos sobre os exclusivos”. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 421)

²⁰⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. 1. ed. São Paulo: Dialética, 2003. p. 129

²⁰⁸ “Deste modo, parece-nos perfeitamente aplicável às concessões administrativas de uso de bens públicos as regras referentes à extinção antecipada da outorga, que basicamente poderá se dar por caducidade (no caso de o particular descumprir suas obrigações), por encampação antecipada do bem [...]” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 351)

Quanto ao segundo ponto, dizer que o bem só poderia ser chamado de público se for gerido direta e exclusivamente pelo Poder Público é reduzir a classificação dos bens públicos ao exclusivo critério de proprietário;²⁰⁹ é de todo um reducionismo.

A gestão direta e exclusiva pela Administração Pública não é garantia da entrega de um bem público adequado à população, tampouco de que este será fruível indistintamente por todos. Isso fica evidente ao se observar os resultados da gestão pública brasileira na prática, no cotidiano das pessoas. Não raro, vê-se bens e serviços públicos em estado precário, carecendo de cuidados e investimentos adequados, afora os desvios ocasionados pela corrupção. Desta forma, não parece crível a tese de que o bem público só se prestaria a finalidades públicas sob os cuidados do respectivo ente público detentor do domínio. Sobre esse ponto, escreve Marques Neto:

Em compasso com o exposto, refutamos a tese de que o bem público cumpriria sua função social por pertencer ao domínio do ente público. Além da pertença do bem ao domínio público não ser garantia de extração da melhor utilidade possível, o bem desse jaez poderá deixar de cumprir sua função social se quedar inutilizado no patrimônio público.²¹⁰

Pouco importa para a população se será gestão pública ou privada. As pessoas querem uma praça pública de qualidade, que lhes permita usufruir de suas funções essenciais, não obstante haja finalidades acessórias que consintam com a exploração pelo particular – exploração que, relembra-se, também gera comodidades à população.

Admite-se que a concessão até poderia ser caracterizada em certa medida como privatização, mas em sentido bem mais amplo, trazido por Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Para a autora, em raciocínio perfeitamente aplicável à concessão de uso,

²⁰⁹ Floriano aborda uma diferente forma de classificar os bens públicos: “Nela, afastamo-nos da definição do regime jurídico pela identificação do correspondente ente titular para delimitarmos o tratamento jurídico dos bens públicos a partir da relevância e da especificidade das utilidades públicas a eles associadas. Ademais, expusemos a insuficiência da classificação tripartida dos bens públicos ante (i) a existência de vários matizes de uso comum e especial; (ii) o necessário atrelamento dos bens do patrimônio público a uma finalidade coletiva; e (iii) a possibilidade de o mesmo bem comportar dois ou mais usos de interesse geral. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 441)

²¹⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 441

trata-se de conceito “que pode assumir diferentes formas, todas amoldando-se ao objetivo de reduzir o tamanho do Estado e fortalecer a iniciativa e os modos privados de gestão dos serviços públicos”.²¹¹ Esse conceito mais amplo parte do pressuposto de que o Estado cresceu de tal forma que não conseguiu dar conta de todas as funções a que se propôs cumprir.

Daí que, em relação às praças públicas, a finalidade da concessão é desonerar os municípios de tarefas que são melhor realizadas pela iniciativa privada, dando-lhes fôlego para que possam respirar e recompor sua saúde financeira, fortemente comprometida em tempos atuais de crise, e investir em outros setores também essenciais e igualmente comprometidos, como saúde e educação.

Sintetiza Marques Neto:

Embora a finalidade seja a nota peculiar e distintiva dos bens públicos em relação aos bens privados, verificamos inexistirem antagonismos entre os regimes patrimoniais público e privado, pois a Administração deve gerir seus bens nos moldes do particular eficiente, desde que isto não inviabilize as finalidades primárias do bem público.²¹²

Portanto, o objetivo da concessão é outro. Reduzir o peso do Estado, garantir a eficiência. Dar nova roupagem e utilidade ao bem, mas mantê-lo em caráter público.

Acontece que, na prática, nem tudo são flores. Há que se cogitar, principalmente em se tratando da Administração Pública brasileira - em que pese tente-se ao máximo evitar uma generalização -, o uso desvirtuado do instituto. Como não raro acontece em outros ajustes que envolvam a conciliação de interesses público e privados, é possível que a concessão de uso seja utilizada para atender a interesses escusos. É o próximo tópico.

3.2 Uso desvirtuado do instituto

3.2.1 Concessão exclusivamente como fonte de receita

²¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 23

²¹² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos**: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 411

A concessão, quando onerosa e relacionada ao aproveitamento econômico do bem, normalmente é vinculada a uma outorga a ser revertida em favor dos cofres públicos. A lógica disso, como visto, é servir como contrapartida pelo benefício concedido ao concessionário em caráter privilegiado em relação aos demais particulares.

A Lei de Concessões de Serviços Públicos prevê, como um dos critérios de julgamento das propostas os interessados, o maior valor ofertado a título de outorga:

Art. 15. No julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios:

II - a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão; [...]²¹³

Como a lei é aplicável subsidiariamente, esse critério pode ser utilizado nas licitações que tenham por objeto a concessão de uso das praças públicas – até porque não existem balizas legais para a espécie. Certo é: em algumas situações, a depender do investimento a ser feito no espaço público, a outorga pode representar um considerável valor.

Pois bem. Acontece que, sobretudo em tempos de crise financeira, o orçamento baixo e a impossibilidade de se cobrar mais impostos da população alavancam a busca dos municípios por fontes alternativas de receita. Nesse contexto, existe um risco de que os municípios vejam na outorga onerosa da concessão essa possibilidade de receita extra. O ditado popular parece ilustrar bem a situação: é a fome somada à vontade de comer.

O ponto central é que a concessão serve de alternativa a problemas de gestão, não deve ser usada pelos municípios com a finalidade precípua de fonte de receita. Afinal, “o interesse público primário a ser tutelado pelo Estado é o interesse da coletividade e não o interesse do erário”.²¹⁴ A prevalecer o intuito lucrativo para o município, a finalidade precípua da concessão, que é a de requalificação com investimentos no espaço e de possibilitar, em contrapartida, a consecução de

²¹³ **Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995** BRASIL. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art 175 da Constituição Federal, e dá outras providências

²¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 124

atividade econômica do bem, pode acabar sendo relegada a segundo plano. Maria Sylvia Zanella Di Pietro é enfática neste ponto:

Não há fundamento legal para que o instituto da concessão seja utilizado e explorado pelo poder público para ampliar suas fontes de receita. Esse não é o objetivo da concessão, a menos que se pretenda torna-lo imprestável para o fim que se destina.²¹⁵

Daí que talvez fosse até mais interessante, a depender da situação, o seguinte arranjo: ao invés da escolha do vencedor pautar-se pela maior oferta de outorga – nesse caso direcionada aos cofres públicos –, o edital poderia inovar e estabelecer como critério o maior volume de investimentos na praça, em porcentagens de receita ou em projetos, ao longo do prazo aludido no contrato de concessão. Como sustentado neste trabalho, essa previsão pode advir tanto da lei a ser editada pelo ente municipal ou, na ausência de balizas legais, do próprio edital/contrato.

De maneira bem objetiva, o valor que seria pago para o município a título de outorga onerosa seria revertido em investimento direto na praça. Como consequência, cria-se um mecanismo para a garantia do uso adequado do dinheiro – evitando o desvio de finalidade dos recursos. Não obstante, terá também o condão de vincular o concessionário, obrigando-o a realizar os investimentos descritos em sua proposta – sob pena de extinção antecipada da avença pela caducidade. Esse sistema parece trazer mais segurança à cooperação e ainda mais benefícios à população, pela garantia do investimento a ser revertido.

Vale a ressalva: descarta-se o uso da outorga para redução de tarifas, até por uma questão de coerência: defendeu-se neste trabalho que o uso da praça pelo particular seja livre. Logo, nestes moldes, não existiria uma tarifa paga pelos usuários a ser abatida.²¹⁶

De todo modo, essa condição evidentemente deve ser disciplinada de maneira clara nas cláusulas do edital por meio de cronogramas de investimento, porcentagens, formas, tudo com azo a possibilitar que o particular faça uma proposta firme e precisa.

²¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 124

²¹⁶ SCHWIND, Rafael Wallbach. **Remuneração do concessionário**: Concessões Comuns e Parcerias Público-Privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 291

Importante que a condição seja antecedida, também, de amplos estudos sobre sua viabilidade econômica. Isto é, deve-se estudar a proporção da renda obtida com a exploração e o tipo de investimento pretendido na praça. Em suma, o custo com o investimento não pode ser de tal monta que inviabilize a concessão. Apesar de explorar por sua conta e risco, o concessionário não deve ficar a mercê de operar prejuízo.²¹⁷

3.2.2 Alguns cuidados

A concessão envolve um regime público inerente, portanto, é preciso que o processo de escolha do concessionário através da licitação seja revestido pelos princípios que regem a Administração Pública. É necessário estabelecer critérios claros, objetivos, que possam embasar as propostas dos interessados na busca da melhor solução para a Administração.²¹⁸

Nesse sentido, todos os institutos constitucionais e legais que tem por objeto resguardar o interesse público e pautar os atos praticados pela Administração Pública aplicam-se perfeitamente ao instituto da concessão de uso, ainda que não haja uma lei balizadora:

Vale dizer, as licitações para concessão e permissão subordinam-se aos princípios fundamentais constitucionais e infraconstitucionais consagrados a propósito das contratações em geral. Assim, os princípios da legalidade, da moralidade, da objetividade, da vantajosidade, da vinculação ao ato convocatório – consagrados expressamente no art. 3º da Lei nº 8.666 – incluem de modo pleno e ilimitado às concessões [...].²¹⁹

O objetivo da licitação para a escolha do particular é justamente evitar que a concessão seja um instrumento meramente formal usado como disfarce para o favorecimento indevido de empresas que guardem relações promíscuas com a Administração Pública.²²⁰ Daí que, para que a concessão atenda a sua finalidade precípua, é imperiosa a maior quantidade de critérios objetivos e a transparência no

²¹⁷ SCHWIND, Rafael Wallbach. **Remuneração do concessionário**: Concessões Comuns e Parcerias Público-Privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 295

²¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. 1. ed. São Paulo: Dialética, 2003. p. 193

²¹⁹ Id. Ibid., p. 193

²²⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2017. p. 442

processo de escolha do concessionário, até por conta do longo prazo geralmente envolvido em contratos dessa espécie.

Se essas regras não ficarem bem delimitadas, além da própria lisura do certame ser comprometida, há inúmeros outros riscos. Por exemplo, podem não ficar claras as parcelas da praça que serão submetidas à exploração econômica, ou estas parcelas podem sobrepor-se em proporção muito maior à adequada, o que levaria à apropriação indevida do espaço público.

Outro ponto que merece ressalva diz respeito aos próprios preços que serão praticados pelo concessionário nas áreas que forem destinadas à exploração econômica. Certo é que existe margem de liberdade para que o particular discipline a melhor forma de exploração do bem e exerça a atividade econômica como bem lhe aprouver. Aqui se tem a atividade empresarial em essência, com liberdade de horários, preços, publicidade, etc.

No entanto, para que a praça não se torne um ambiente excludente – ainda que ideia seja manter a parte essencial do espaço para uso franco dos usuários –, é bastante importante que o edital fixe margens para a liberdade de atuação dessa atividade empresarial. Deve prever, principalmente, cláusulas expressas no que se refere à fixação de parâmetros de preços máximos que podem ser praticados, acessibilidade para pessoas com deficiência e proibição de condições que restrinjam substancialmente o acesso do espaço por usuários com menos recursos financeiros.

O objetivo é evitar que a concessão se torne um mecanismo higienista e excludente, transformando a praça num espaço de convívio somente para pessoas com mais condições financeiras. Essa prática vai contra a lógica deste espaço público, que deve justamente se amoldar às condições sociais e econômicas existentes na cidade.²²¹ Esse é o contexto social da praça que deve ser preservado. Complementa Flávio Villaça:

É preciso inserir o social (o econômico, o político e o ideológico) na análise das transformações espaciais. Ignorando a espacialização dos poderes político e econômico das classes sociais e a desigualdade de nossa população – ou seja, a segregação –, qualquer análise das transformações do espaço urbano torna-se insustentável.²²²

²²¹ MACEDO, Silvio Soares; ROBBA, Fabio. **Praças Brasileiras**. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2003. p. 18

²²² VILLAÇA, Flávio. **Reflexões sobre as cidades brasileiras**. São Paulo: Nobel, 2012. p. 147

Outro risco é a utilização da concessão como instrumento de campanha política. Imagine-se a situação em que determinada empresa, no âmbito de negociações com o município, promete ao candidato à reeleição um amplo financiamento de campanha em troca de favorecimentos no edital e na futura contratação; ou, se já for concessionária, de uma indevida prorrogação do prazo de vigência do contrato, perpetuando a concessão por período muito superior ao adequado.

Os recentes casos de corrupção amplamente divulgados nos noticiários mostram que essa hipótese pode, na verdade, ser uma realidade muito próxima.

3.2.3 Concessão e praças esquecidas

Principalmente nas praças localizadas nos bairros nobres e grandes centros urbanos, a concessão pode vir a ser um excelente negócio. As praças localizadas nessas áreas geralmente representam os grandes cartões postais da cidade, onde há intensa circulação de pessoas e grande fluxo econômico. Nesse sentido, não é difícil imaginar a quantidade de interessados em explorá-las economicamente em regiões que detenham essas características, principalmente em caráter exclusivo.

Além disso, como aponta o estudo de Fábio Robba e Sílvio Soares Macedo²²³, a revitalização de locais públicos traz efeitos positivos na imagem do Poder Público junto à população, principalmente em grandes centros urbanos, devido à maior visibilidade por conta do maior número de pessoas atingidas. Permite-se concluir, com isso, que os municípios possam querer focar na utilização das concessões como instrumento de propaganda positiva da gestão ou até mesmo como campanha política para possível reeleição do prefeito responsável por sua implementação.

Isso não é de todo ruim, eis que a população se beneficiaria da mesma forma, tanto com a revitalização do espaço, bem como com sua exploração comercial – isso, claro, partindo-se do pressuposto de que o certame foi realizado dentro das balizas legais. No entanto, surge a preocupação se a concessão não acabaria se

²²³ MACEDO, Sílvio Soares; ROBBA, Fábio. **Praças Brasileiras**. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2003. p. 46

tornando um instrumento de política pública seletiva apenas para os bairros mais centrais e ricos.

Isto porque, como aponta Flávio Villaça²²⁴, o Poder Público por vezes age de maneira diferenciada nas diversas regiões da cidade, implementando os instrumentos de reforma urbana geralmente onde lhe é politicamente mais conveniente. Por decorrência lógica, há um risco real no sentido de que possa não ser do interesse do município cuidar das praças em regiões mais periféricas e carentes – ainda que, como visto, a concessão não onere os cofres públicos.

O mesmo se aplica em relação à viabilidade econômica. Em determinadas regiões, pode não ser rentável ao particular querer assumir a gestão de um espaço público que, por si só, não traga perspectivas reais de amortização de investimentos e lucro.

A concessão, bem por esta razão, pode acabar se tornando um instrumento seletivo de política pública²²⁵ que tenha por foco de atuação somente as áreas mais desenvolvidas e ricas, representadas pelos grandes centros urbanos e os bairros mais nobres. A respeito dessa política seletiva, já se manifestaram Flávio Robba e Silvio Soares Macedo:

A realidade, entretanto, mostra que os maiores investimentos são destinados para a reforma de grandes praças em bairros nobres e centrais, enquanto os bairros mais afastados e menos consolidados recebem projetos mais simples para a implantação de praças de baixo orçamento e formalmente mais modestas.²²⁶

Daí que uma possível saída talvez fosse, em determinadas situações, instituir a concessão em lotes de praças, conjugando, no edital, a obrigação do concessionário em assumir dois ou mais espaços: um em região central e outros em bairros mais periféricos.

Por exemplo, as concessões que têm por objeto a delegação de uma importante praça numa grande área central geralmente são as mais atrativas aos olhos dos particulares. Portanto, maiores esforços serão empregados e mais competição haverá em busca da vitória no certame.

²²⁴ VILLAÇA, Flávio. **Reflexões sobre as cidades brasileiras**. São Paulo: Nobel, 2012. p. 147

²²⁵ A respeito da concessão como política pública, ver JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. 1. ed. São Paulo: Dialética, 2003. p. 197

²²⁶ MACEDO, Silvio Soares; ROBBA, Fabio. **Praças Brasileiras**. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2003. p. 48

Por esta razão, é possível que o edital preveja um segundo objeto, uma outra praça em um espaço mais periférico da cidade, a ser concedida juntamente a praça da grande região central. Essa composição permitiria que as duas áreas fossem desenvolvidas e evitaria que a concessão fosse utilizada de maneira focalizada apenas em bairros centrais e nobres.

Evidente que essa “concessão por lotes” não pode ser deflagrada de qualquer maneira. É preciso que haja, na fase interna de estudos prévios, uma análise sob a viabilidade de conjugar a delegação destas praças no mesmo edital. Senão, como consequência, é provável que não haja interessados nem para um, nem para outro.

3.3 Brevíssimas considerações sobre a experiência brasileira e possíveis tendências

“Onde o Estado não for importante, não for essencial, nós vamos privatizar, ou conceder, ou fazer PPPs”.²²⁷

Apesar de não ser a regra, alguns Municípios brasileiros, como apontam Fábio Robba e Silvio Soares Macedo²²⁸, têm demonstrado preocupação com o cuidado de suas praças e parques. É o exemplo de Curitiba e Rio de Janeiro, que contam, dentro de sua estrutura organizacional, com secretarias fortes para lidar com o trato destes espaços públicos.

Não obstante, a gestão continua predominantemente pública de modo que não consegue absorver plenamente a demanda por manutenção e reformas. A cooperação com a iniciativa privada existe, mas principalmente através de instrumentos de parceria como a adoção, que não admitem maior retorno financeiro ao particular. Isto é, os modelos que contemplam essencialmente a exploração econômica mais significativa do bem ainda dão seus primeiros passos.

O ponto é que os municípios já se estão dando conta de que não conseguem assumir tantos encargos sozinhos.

²²⁷ João Dória Jr., Prefeito de São Paulo, em entrevista à Reuters. Disponível em: <<http://br.reuters.com/article/domesticNews/idBRKBN1772GK-OBRDN>>. Acesso em: 26 junho 2017

²²⁸ MACEDO, Silvio Soares; ROBBA, Fabio. **Praças Brasileiras**. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2003. p. 48

O Município de São Paulo, neste encalço, sob a gestão do atual prefeito João Doria Jr., parece ter dado um grande passo rumo à cooperação com a iniciativa privada.

A Secretaria de Desestatização e Parcerias do Município de São Paulo deflagrou, no último dia 10 de maio, o edital de Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)²²⁹ para a concessão de seus parques municipais, cuja gestão hoje é prestada diretamente com orçamento municipal.

Os interessados em participar do PMI devem propor a “modelagem operacional, econômico-financeira, jurídica e de engenharia e arquitetura”²³⁰ mais adequada para viabilizar a cooperação. Os estudos podem compreender um ou mais parques, a critério do proponente, e devem priorizar um projeto autossustentável, ou seja, econômica e operacionalmente viável, que desonere os cofres públicos e garanta a eficiência de gestão no espaço.²³¹

Encerrada esta etapa, a Administração elegerá para cada parque a proposta que melhor atenda aos interesses dos paulistanos, definindo aí as especificidades do modelo de parceria. Na sequência, abrirá consulta pública e deflagrará o processo licitatório.

O projeto piloto abrange até o momento apenas 14²³² dos 107 parques municipais. No entanto, apenas com esse pacote inicial, a prefeitura estima poupar aproximadamente 40% do orçamento previsto para manutenção e reforma de parques públicos. Além disso, se positiva a experiência, já sinalizou que existe a perspectiva de sistematizar essas parcerias, estendendo-as também às praças e outros bens públicos, a exemplo de cemitérios e estádios de futebol.²³³

²²⁹ De acordo com art. 1º do Decreto Federal n. 8.428, o PMI tem por objeto a “apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos, por pessoa física ou jurídica de direito privado, com a finalidade de subsidiar a administração pública na estruturação de empreendimentos objeto de concessão ou permissão de serviços públicos, de parceria público-privada, de arrendamento de bens públicos ou de concessão de direito real de uso”.

²³⁰ SÃO PAULO (Município). **Termo de Referência do chamamento público n.01/2017**, de 10 de maio de 2017. Dispõe sobre Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) para elaboração de estudos com o objetivo de escolher a melhor proposta para concessão de parques municipais.

²³¹ Id. Ibid.

²³² São objeto do PMI os seguintes parques: 1. Ibirapuera; 2. Aclimação; 3. Anhanguera; 4. Buenos Aires; 5. Carmo-OlavoEgydioSetúbal; 6. Cemucam-Centro Municipal de Campismo; 7. Chácara do Jockey; 8. Chuvisco; 9. Cidade Toronto; 10. Independência; 11.Jardim da Luz; 12.Trianon - Tenente Siqueira Campos; 13.Vila Guilherme – Trote; 14.Vila Prudente - Ecológico Profa. Lydia Natalizio Diogo

²³³ REUTERS BRASIL. **Pacote de privatizações e concessões de Doria pode ter primeiro leilão neste ano com venda do Anhembi.** Disponível em: <<http://br.reuters.com/article/domesticNews/idBRKBN1772GK-OBRDN>>. Acesso em 26 de junho de 2017

Não se ignora que o PMI deflagrado pela Prefeitura de São Paulo trata da gestão de parques, objeto de natureza distinta do estudado nas últimas páginas. No entanto, o modelo de cooperação lá buscado tem traços bastante comuns e perfeitamente aplicáveis ao aqui proposto para as praças públicas. É dizer, ambos são bens públicos de uso comum e apresentam valores funcionais, estéticos e ambientais os quais, por vezes, assumem aspectos bem similares nestes dois espaços. Aliás, é o que consigna o Termo de Referência do PMI:

Por fim, os parques públicos igualmente assumem papel de lazer e recreação da população, interferindo diretamente em sua qualidade de vida. **Assim como praças e praias, os parques são**, por excelência, **espaços urbanos de interação social**, nos quais as camadas sociais convivem com direitos e deveres iguais em contato com a natureza.²³⁴

Da mesma forma, a gestão dos parques na capital paulista, prestada diretamente pelo Poder Público, evidencia muitos dos sintomas levantados neste trabalho.

A começar pelo orçamento estimado, em 2017, de R\$ 29.000.000,00 (vinte e nove milhões de reais) apenas para o parque Ibirapuera – custo de somente 1 dos 107 parques. O valor impressiona, mas apesar do montante previsto, o contexto atual demonstra que os serviços e investimentos ainda assim não são suficientes.

O resultado não poderia ser outro: espaços depredados, sem manutenção, que carecem de cuidados básicos de limpeza, iluminação e segurança. Como consequência, à população são entregues bens públicos inaptos a cumprir plenamente sua função social. Com essa soma de fatores, deixa o município de propiciar um ambiente adequado de lazer. Reconhecendo esses aspectos, conveniente colacionar a própria justificativa sobre a conveniência e oportunidade do PMI:

Embora reconhecida unanimemente a prioridade dos investimentos nos parques públicos, inclusive pela legislação municipal, a realidade econômico-financeira do Município de São Paulo tem limitado a capacidade de investimento público nestes equipamentos. Apesar disso, paradoxalmente, a quantidade de equipamentos qualificados como parques mais do que duplicou nos últimos anos. A carência de recursos, e a concorrência com os recursos destinados à saúde, educação e outros serviços públicos essenciais, prejudica a

²³⁴ SÃO PAULO (Município). **Termo de Referência do chamamento público n.01/2017**, de 10 de maio de 2017. Dispõe sobre Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) para elaboração de estudos com o objetivo de escolher a melhor proposta para concessão de parques municipais. (grifo acrescido)

administração eficiente dos parques, compelindo a Administração Pública Municipal a buscar novos arranjos e parcerias para que investimentos necessários sejam viabilizados, propiciando-se assim uma melhor experiência aos usuários dos parques municipais, em parceria com agentes privados, sendo este o contexto do presente Chamamento Público.²³⁵

Adiante, o edital traz uma série de premissas que devem obrigatoriamente ser observadas pelo proponente quando da elaboração de sua proposta. Dentre elas, destacam-se as seguintes:

- a) Preservar a finalidade original do parque e seu patrimônio natural, histórico-cultural e artístico, respeitadas as eventuais limitações de tombamentos incidentes, bem como as normas aplicáveis;
- b) Garantir que o acesso aos parques municipais seja livre para toda a população;
- c) Buscar, sempre que possível, a desoneração da Administração Pública Municipal, por meio da exploração de fontes de receitas alternativas e da atração investimentos privados, tendo em vista a garantia da sustentabilidade financeira dos projetos no longo prazo;
- d) Prever que a administração dos parques, sempre que possível, atenda aos anseios dos usuários e busque, de forma permanente, o diálogo com os usuários, com os moradores do entorno e com a sociedade;
- e) Fomentar o uso de áreas e edificações subutilizadas, buscando o pleno uso dos equipamentos destinados de lazer, esporte, contemplação, cultura, bem estar e outras áreas de interesse, bem ampliando e aprimorando a qualidade dos serviços oferecidos;
- f) Apontar eventuais condições de atrair investimentos proporcionais aos custos financeiros da parceria ou projeto;
- g) Promover a acessibilidade para pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida²³⁶

Perceba-se que o PMI traz uma série de diretrizes que denotam a preocupação com alguns dos aspectos abordados aqui no trabalho: a exploração econômica do bem condicionada ao acesso gratuito pela população – o edital veda expressamente a cobrança de ingressos ou qualquer outra forma de limitar o acesso ao parque –; um arranjo que seja financeiramente viável ao particular e que desonere ao máximo os cofres municipais; a otimização dos usos do bem, evitando ao máximo espaços subutilizados; a acessibilidade para pessoas com deficiência e, por último, a preservação das características históricas e culturais do bem.

²³⁵ SÃO PAULO (Município). **Termo de Referência do chamamento público n.01/2017**, de 10 de maio de 2017. Dispõe sobre Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) para elaboração de estudos com o objetivo de escolher a melhor proposta para concessão de parques municipais.

²³⁶ Id. Ibid.

Quanto às formas de exploração econômica, o edital elenca um rol apenas exemplificativo, dando ampla margem de liberdade para que a proposta considere inúmeras outras possibilidades de receita. Veja-se:

Para a análise de fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, o Agente Autorizado poderá considerar a realização de eventos esportivos, culturais ou de entretenimento, a exploração de estacionamentos, lanchonetes, restaurantes, pontos fixos ou móveis de venda de comida e bebida, lojas, serviços de aluguel de bicicletas e demais equipamentos esportivos e de lazer, serviços de foto comercial, ações de marketing, comercialização de direitos de nome (*naming rights*), exploração publicitária, telecomunicações e de serviços, entre outros.²³⁷

De toda forma, da leitura do edital fica clara a intenção do Município no sentido de que essa margem de liberdade para fontes de receita deve respeitar os limites físicos, a fauna e a flora, a paisagem urbana, o patrimônio histórico e cultural, bem como os interesses da população no que toca às atividades de lazer, turismo, esportes e a própria onerosidade quanto ao uso pago das comodidades a serem instaladas.

Quanto à modelagem jurídica, o edital elenca uma série de cláusulas que devem constar da proposta, destacando-se o prazo de vigência da contratação, que não pode ser inferior a 5 anos, o valor e o mecanismo de remuneração do particular, a matriz de risco e eventuais medidas que possam reduzi-la, eventual outorga a ser paga ou até mesmo compartilhamento de receitas – veja-se que não é requisito precípua da cooperação angariar receitas ao Município –, mecanismos de controle, garantias do usuário quanto à fruição dos parques e até mesmo a possibilidade de bens reversíveis ao domínio público findo o prazo da concessão.

Naturalmente, o edital traz uma série de outras minúcias das quais não cabe aqui traçar maiores digressões. São aspectos técnicos arquitetônicos e de engenharia, afora outros pontos procedimentais para embasar a proposta dos interessados.

Importa saber que o Município de São Paulo está dando um importante passo. Não se pode garantir a certeza do êxito dessas futuras parcerias entre a Administração Pública e o setor privado, afinal existem uma série de outros fatores

²³⁷ SÃO PAULO (Município). **Termo de Referência do chamamento público n.01/2017**, de 10 de maio de 2017. Dispõe sobre Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) para elaboração de estudos com o objetivo de escolher a melhor proposta para concessão de parques municipais.

que vão além do plano teórico e que, na prática, nem sempre ocorre como esperado.

De toda sorte, não se pode desistir de tentar. Resta acompanhar os próximos passos dessa caminhada na esperança de que esse modelo atinja seus objetivos e alcance, além de parques, praças (que são o objeto deste trabalho), mercados públicos, marinas, teatros municipais, praias. Enfim, todo e qualquer espaço público em que seja possível a conciliação de interesses em busca de uma melhor cidade, proporcionando à população melhores condições para o exercício das mais variadas formas de lazer.

Com o tempo, que os frutos das experiências positivas possam ser colhidos em cada banco de praça brasileiro.

CONCLUSÃO

O objetivo deste trabalho foi o de tentar trazer novos ares a um processo que é inevitável. A urbanização, viu-se, é fenômeno constante e, segundo o aponta o relatório da ONU, a tendência é que se intensifique nos próximos anos.

Viu-se que a urbanização traz consequências positivas, como o desenvolvimento econômico, cultural, social e político das cidades. No entanto, o lado negativo impacta de maneira sensível no ambiente urbano, seja pelo crescimento desordenado das edificações, pela má destinação dos resíduos sólidos, pelos problemas no trânsito ou até mesmo com a escassez de áreas verdes nas partes centrais adensadas.

Como consequência desse inchaço nas cidades, em paralelo ao processo de urbanização surge uma luta tanto por espaços livres edificáveis e por uma postura de maior investimento em infraestrutura e de serviços essenciais à população.

Daí conclui-se a necessidade de se repensar a forma de planejar a cidade, tomando como carta de princípios as grandes funções urbanísticas (habitação, circulação, trabalho e recreação) somada à noção de sustentabilidade.

É o dever de reinventar-se, na adoção de novos modelos de gestão, novas maneiras de construir a cidade de maneira inteligente e harmônica, conjugando tudo isso com o equilíbrio no uso dos recursos naturais e humanos.

O planejamento demanda uma atuação em diversas áreas do ambiente urbano. No entanto, para que se pudesse dar uma abordagem satisfatória, preferiu-se escolher o planejamento através do provimento do lazer através da gestão das praças públicas. As praças públicas, como visto, são bens públicos de uso comum. Têm, como traços marcantes, portanto, a fruição indistinta por toda a população e a dispensa de qualquer autorização ou consentimento especial da Administração Pública para isso. Esse arranjo é possível por conta da afetação específica conferida a esta espécie de bem público mirando atingir o perfeito cumprimento de suas finalidades essenciais.

Neste encaixe, observou-se que a promoção do lazer, e, conseqüentemente, a gestão das praças públicas, foram incumbidas diretamente aos municípios, por força da Constituição e do Estatuto da Cidade.

No entanto, na prática, essa gestão não tem acontecido de maneira satisfatória. Isto porque sob a égide do planejamento urbano, o processo de

requalificação, manutenção e até mesmo criação de novos espaços demandam elevados gastos e investimentos constantes dos municípios.

Esse fator é agravado porque, além do compromisso com as praças públicas, os municípios foram incumbidos pela Constituição de uma série de outras responsabilidades: pagamento da folha de servidores públicos municipais, investimentos em educação, transporte público e outros serviços públicos de interesse local. Assim, em muitas áreas o manejo de recursos orçamentários para investimento nas áreas de lazer e, em especial, nas praças públicas, acaba sendo colocado para segundo plano. Além do baixo orçamento, outro fator agravante decorre do mau uso dos recursos públicos, seja pelo desvio ocasionado pela corrupção ou pela gestão inapropriada propriamente dita.

No entanto, a população não pode ficar à mercê da incapacidade do Poder Público. Assim, como foi demonstrado, existe a possibilidade de recorrer à cooperação com a iniciativa privada, que parece deter melhores condições para fazer frente a estes encargos. A cooperação, nesse sentido, é perfeitamente possível porque encontra amparo nos próprios princípios do urbanismo, bem como na própria previsão expressa do Estatuto da Cidade.

Viu-se, nesse sentido, que são inúmeras as formas de cooperação que o ordenamento permite à Administração Pública adotar. A escolha da espécie depende apenas do tipo de arranjo que se pretende no espaço público: se apenas a manutenção com baixos gastos ou se são previstos vultosos investimentos, se há intenção de exploração econômica. Definidos os pressupostos, alguns desses instrumentos são representados pela forma de atos administrativos precários (autorização e permissão) e outros pelo modelo contratual (concessão).

A modalidade contratual representa maior segurança jurídica, por estabelecer prazos e maiores garantias ao particular, principalmente quando se trata de maiores investimentos com a exploração econômica pelo particular em contrapartida – defendida neste trabalho. Por este motivo, o instituto concessão de uso (espécie do gênero concessão) parece ser o mais adequado à gestão das praças públicas – o que não exclui, naturalmente, outras formas mais simples de cooperação.

Ainda, durante o segundo capítulo foram analisados elementos essenciais do contrato, sobretudo no que se refere aos fundamentos legais, os objetivos perseguidos, às formas e o prazo de exploração econômica, à escolha e remuneração do concessionário.

Adiante, constatou-se que são dois os objetivos da concessão: (i) proporcionar à população um ambiente revitalizado e harmônico, (ii) desonerar os cofres públicos que compromete o orçamento municipal. Pela outorga concessória, o particular ficaria encarregado de reformar, requalificar o espaço e assumiria todos os encargos relacionados à respectiva manutenção durante todo o prazo estabelecido no contrato. Em contrapartida, para que a cooperação se torne atrativa, daria-se ao particular o direito de explorar – cobrando do usuário – uma parcela não essencial da praça.

Sustentou-se expressamente a impossibilidade de cobrança pelo acesso ao bem por ir contra a lógica da afetação originária conferida às praças públicas, que justamente a de uso indistinto e sem autorização.

Ainda, defendeu-se que a praça deve adotar uma multiplicidade de usos, acrescentando novas funções de modo a otimizar o uso do bem. No entanto, é bastante importante que estas novas funções não desvirtuem a finalidade essencial da praça e tampouco sejam incompatíveis entre si.

No terceiro capítulo, desvinculou-se a concessão da ideia de privatização porque, como analisado, existem balizas, através de regras claras, para disciplinar o uso do bem e garantir que não se preste exclusivamente a fins privados. O regime público continua prevalecendo e admite a rompimento do pacto em caso de desvio de finalidade pelo particular. É preciso apenas cuidado para que a concessão não seja utilizada para fins exclusivamente de receita extra, para atender interesses escusos ou como bandeira política, pelo que tais circunstâncias descaracterizariam a lógica da cooperação.

Por fim, mostrou-se brevemente a experiência do município de São Paulo em relação aos parques municipais, que parece ter dado um importante passo rumo a novas formas de cooperação.

A ideia do trabalho, encaminhando-se agora para as linhas finais, era justamente mostrar que existe uma solução jurídica. O instituto da concessão já é consagrado pelo Direito Brasileiro e não existem maiores dificuldades em seu uso. No entanto, a sua utilização no caso concreto demanda um estudo caso a caso e o diálogo com outras áreas do conhecimento, como a economia e o urbanismo.

Isto porque a viabilidade econômica do modelo é o ponto crucial para que a cooperação possa sair do papel. Assim, o Direito, sozinho, não consegue dar essa resposta.

Espera-se, ao fim e ao cabo, que o instituto da concessão possa ser uma possível alternativa e que seja melhor aproveitado pelo Poder Público no encalço de trazer melhores saídas de gestão a um espaço tão importante na vida das cidades.

REFERÊNCIAS

ALVES JR., Edmundo de Drummond; MELO, Victor Andrade de. **Introdução ao Lazer**. 2. ed. rev. atual. Barueri: Manole, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. **Decreto Lei n. 9760 de 5 de Setembro de 1946**. Dispõe sobre os bens imóveis da União e dá outras providências. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del9760.htm

_____. **Decreto n. 217 de 17 de setembro de 1991**. Dispõe sobre o regulamento básico da promoção funcional do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA e dá outras providências. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D217.htm

_____. **Decreto n. 8.428 de 2 de abril de 2015**. Dispõe sobre o Procedimento de Manifestação de Interesse a ser observado na apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos, por pessoa física ou jurídica de direito privado, a serem utilizados pela administração pública. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8428.htm

_____. **Lei n. 6766, de 19 de dezembro de 1979**. Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras providências. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6766.htm

_____. **Lei n. 8666 de 23 de Junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm

_____. **Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 14 de fevereiro de 1995. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm

_____. **Lei n. 9.074, de 7 de julho de 1997.** Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9074cons.htm

_____. **Lei n. 10.257 de 10 de Julho de 2001** – Estatuto da Cidade. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm

_____. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Código Civil. Legislação Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao Estatuto da Cidade.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Manual de Direito Administrativo.** 31. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2017

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo A. Comentário ao artigo 1º, parágrafo único. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

COSTA, Nelson Nery. **Direito Municipal Brasileiro.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

DALLARI, Adilson Abreu. **Concessões urbanísticas.** Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo, Malheiros v.37, jan. 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Parcerias na administração pública:** concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **Uso privativo de bem público por particular.** 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GOMES, Wilton Luis da Silva. **Articulações entre os setores público e privado em matéria urbanística**. 2013. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. doi:10.11606/T.2.2013.tde-12022014-142636. p. 158. Acesso em: 27 junho 2017.

IBGE, **Censo demográfico 1940-2010**. Até 1970 dados extraídos de: Estatísticas do século XX. Rio de Janeiro: IBGE, 2007 no Anuário Estatístico do Brasil, 1981, vol. 42, 1979.

Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. IPHAN. **Carta de Atenas**.

Disponível

em:<<http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Carta%20de%20Atenas%201933.pdf> >

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003.

LEITE, Carlos; AWAD, Juliana di Cesare Marques. **Cidades sustentáveis, cidades inteligentes: desenvolvimento sustentável num planeta urbano**. Porto Alegre: Bookman, 2012.

MACEDO, Silvio Soares; ROBBA, Fabio. **Praças brasileiras**. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2003.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 24. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos. Função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. **Concessões**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MARRARA, Thiago. **Bens públicos: domínio urbano: infra-estrutura**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 17. ed. Atualização de Adilson Abreu Dallari. São Paulo: Malheiros Editores. 2014. p. 535.

REUTERS BRASIL. Pacote de privatizações e concessões de Doria pode ter primeiro leilão neste ano com venda do Anhembi. Disponível em: <<http://br.reuters.com/article/domesticNews/idBRKBN1772GK-OBRDN>>. Acesso em 26 de junho de 2017.

ROLNIK, Raquel. **O que é cidade**. 4.ed. São Paulo: Brasiliense, 2012.

SÃO PAULO (Município). **Termo de referência do chamamento público n.01/2017**, de 10 de maio de 2017. Dispõe sobre Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) para elaboração de estudos com o objetivo de escolher a melhor propostas para concessão de parques municipais.

SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

SCHWIND, Rafael Wallbach. **Remuneração do concessionário**: Concessões Comuns e Parcerias Público-Privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2010

UNITED NATIONS HUMAN SETTLEMENTS PROGRAMME (UN-HABITAT).WORLD CITIES REPORT 2016. Quênia, 2016. Disponível em:

VILLAÇA, Flávio. **Reflexões sobre as cidades brasileiras**. São Paulo: Nobel, 2012.

VILLAÇA, Flávio. Uma contribuição para a história do planejamento urbano no Brasil. In: DEÁK, Csaba; SCHIFFER, Sueli. **O processo de urbanização no Brasil**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1999

WEISS, Marcos Cesar; BERNARDES, Roberto Carlos; CONSONI, Flavia Luciane. **Cidades inteligentes como nova prática para o gerenciamento dos serviços e infraestruturas urbanos**: a experiência da cidade de Porto Alegre. urbe, Rev. Bras. Gest. Urbana, Curitiba, v. 7, n. 3, p. 310-324, dezembro 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S217533692015000300310&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 21 junho 2017.